

I. publ. E.

32

9

^M
J. publ. E.

329

Bansi

Die Gebietshoheit

als rein staatsrechtlicher Begriff durchgeführt.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät der Albertus-Universität

zu Königsberg i. Pr.

zur

Erlangung der Doctorwürde in beiden Rechten

vorgelegt und nebst den beigefügten Thesen öffentlich verteidigt

am 15. Februar 1897, Mittags 12 Uhr

von

Gustav Bansi

Referendar.

Opponenten:

Herr Gerichtsassessor **Tolki.**

Herr Referendar **Dr. Moldehnke.**

Königsberg in Pr.

Buchdruckerei von R. Leupold.

1897.



Seinem teuren Vater

in dankbarer Liebe gewidmet

vom

Verfasser.



§ 1.

Die Streitfrage.

Gebiet ist derjenige Teil der Erdoberfläche, der der Herrschaft eines Staates untersteht. Gebietshoheit ist diese Herrschaft des Staates über sein Gebiet, sie ist „die Staatsgewalt in ihrer Richtung auf das Land“.¹⁾

So lauten übereinstimmend die Definitionen. Ueber den Inhalt der Gebietshoheit aber sind die Meinungen geteilt. Es kommt darauf an, wie man das Verhältnis des Staates zu seinem Gebiet auffasst.

Die Erdoberfläche erzeugt, ernährt die Menschen, sie trägt sie und vermittelt ihren Verkehr, kurz, sie ist für sie eine notwendige Lebensbedingung. Ihre Beschaffenheit nach äusserer Gestalt, Fruchtbarkeit und Klima ist auf die Entwicklung der Menschen oft von bestimmendem Einfluss. Das Gebiet als Teil der Erdoberfläche ist für die auf ihm lebenden Menschen von derselben Bedeutung.²⁾ Ohne ein Gebiet keine Coexistenz von Menschen, infolgedessen auch kein Staat,³⁾ und die Eigenschaften des Gebietes bestimmen oft Kraft und Ohnmacht, Wohl und Wehe des Staates.

Aber diese Bedeutung des Gebietes ist nur politisch, nicht juristisch, und sie lässt den Kernpunkt des Begriffs Staatsgebiet unberührt. Dass gerade dieser Teil der Erd-

1) Laband, Lehrbuch des Staatsrechts, 2. Aufl. Freiburg, 1888. I. S. 174 und Andere.

2) Brockhaus Art. „Staatsgebiet“ in v. Holtzendorff's Rechtslexikon. II. S. 622.

3) Ueber Nomaden-, Flibustierstaaten etc. s. unten § 8 (gegen Fricker).

oberfläche gerade diesem Staat und ihm allein, ein anderer einem anderen, zugefallen ist, das ist ausschlaggebend. Deshalb muss das Verhältnis des Gebiets zu seinem Staat im Vergleich mit seinem Verhältnis zu anderen Staaten berücksichtigt werden. Da sehen wir: Der Staat benutzt das Gebiet zur Erfüllung seiner staatlichen Aufgaben, und er benutzt nur dieses Gebiet dazu, ebenso wie er die anderen Staaten von einer solchen Benutzung seines Gebiets ausschliesst.

Dieser Gedanke wird nach zwei entgegengesetzten Richtungen verwertet.

Einmal verfolgt man die Erscheinung weiter, dass der Staat das Gebiet benutzt. Er wirkt in der mannigfachsten Weise auf das Gebiet ein, er verwendet Teile davon in seinem Nutzen, er „veräussert“ sogar Gebiet und erwirbt neues, kurz, er scheint eine derjenigen des Eigentümers ähnliche Stellung zum Gebiet einzunehmen. Hier setzt eine weitverbreitete Theorie ein: Sie findet die Gebietshoheit dem sachenrechtlichen Eigentum analog, schreibt dem Staat ein besonderes Recht am Gebiet zu und folgert aus diesem Recht seine Befugnisse zur Verwendung des Gebiets.

Zu anderem Resultate gelangt man, wenn man die Beobachtung zum Ausgang nimmt, dass die Ausdehnung des Gebiets die Ausdehnung der staatlichen Herrschaft bedeutet. Der Staat bedarf zu seiner Existenz eines räumlichen Gebiets, auf dem er und nur er allein Staat sein darf. *Quid est in territorio, etiam est de territorio*, das ist ein alter, immer von neuem hervorgehobener Satz. Was in dem Gebiet ist, ist der dort herrschenden Staatsgewalt unterworfen, soweit das Gebiet reicht, soweit reicht auch die Staatsgewalt; ein anderes Gebiet, eine andere Staatsgewalt. Gerade in der alten Zeit, in der man sich darüber am wenigsten klar wurde, war dieser Gedanke am strengsten durchgeführt. Die damalige Rechtlosigkeit der Fremden ist der schärfste Ausdruck für die

Abgeschlossenheit des Staates.⁴⁾ Aber auch nach deren Beseitigung sorgten die Zollschraken und Verkehrserschwerungen, die Belästigungen durch die Polizei dafür, dass man sich beim Eintritt in ein fremdes Gebiet des Wechsels der Staatsgewalt gründlich bewusst wurde. Bei der heutigen Verkehrsfreiheit tritt die absolute Wirksamkeit der Staatsgewalt zwar nicht so augenfällig hervor, wird aber auch jetzt von Niemand bezweifelt.⁵⁾

Dieses sind die beiden Ideen, die von jeher unsere Lehre beherrscht haben. Sie sind einander entgegengesetzt. Während die erstgenannte consequenterweise aus dem Recht am Gebiet die räumliche Ausdehnung der Staatsgewalt folgern muss, bestimmt sich nach der anderen gerade umgekehrt aus der Ausdehnung der staatlichen Herrschaft das Recht zu staatlicher Einwirkung.

Sie beruhen auch auf ganz verschiedenen Gedankenrichtungen. Die Auffassung des Gebiets als Objekt der Staatsgewalt operiert mit privatrechtlichen Begriffen und beweist ihre Behauptungen durch privatrechtliche Lehrsätze und Analogieen. Sie kann deshalb mit Recht die privatrechtliche Theorie genannt werden. Die Auffassung dagegen, das Gebiet sei nur der Herrschaftsbereich des Staates, sucht sich von allen Anklängen an das Privatrecht möglichst fern zu halten und die Frage nach öffentlich-rechtlichen Grundsätzen zu entscheiden, man kann sie die rein staatsrechtliche Theorie nennen.

4) Gareis, Allgemeines Staatsrecht in Marquardsen's Handbuch. I, 1, 1883. S. 152, 153.

5) Brockhaus, a. a. O. S. 623. Gareis, a. a. O. S. 138. v. Gerber, Grundzüge des Staatsrechts, 3. Aufl., 1880, S. 66. v. Holtzendorff, Encyclopädie, S. 1077. Meyer, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 4. Aufl., 1894, S. 178. Heffter, Europäisches Völkerrecht, 7. Aufl. besorgt von Geffcken, 1882, S. 150. Seydel, Bayrisches Staatsrecht, Bd. I., S. 516. Zorn, Das Staatsrecht des Deutschen Reiches, I. Bd., 2. Aufl., 1895, S. 69.

Diese beiden Theorien sind abwechselnd herrschend gewesen. Im römischen Recht galt, wie im nächsten Paragraphen nachzuweisen sein wird, die staatsrechtliche Auffassung, zwar nicht als offen ausgesprochenes Dogma, aber doch als leitender Gedanke bei der Entscheidung der einschlägigen Fragen. In Deutschland herrschte, seit überhaupt von Staaten gesprochen werden konnte, die privatrechtliche Anschauung in ihrer krassesten Ausprägung (unten § 3). Aus Nützlichkeitsgründen wurden dann durch besondere Festsetzungen ihre gefährlichen Auswüchse möglichst beschnitten (unten § 4) und auf Grund dieser Praxis bildete sich unter dem Einfluss des neu erwachten römischen Rechts und der italienischen Staatslehre allmählich die heutige Auffassung aus (§ 5).

Diese ist keineswegs einheitlich. Auf der einen Seite, namentlich im Völkerrecht, findet sich noch die privatrechtliche Anschauung, oft mit bedenklichen Anklängen an die alte Patrimonialtheorie. Daran reihen sich die verschiedenartigsten Mischungen, die aber im Allgemeinen unzweifelhaft ein Fortschreiten von der privatrechtlichen zur staatsrechtlichen Theorie darstellen. Endlich ist von einigen neueren Staatsrechtslehrern auch die rein staatsrechtliche Auffassung als Prinzip aufgestellt worden, jedoch nicht ohne dass auch hier stellenweise die alte Privatrechtstheorie von Einfluss gewesen ist. So ist der heutige Stand der Lehre überaus bunt und verworren. Und schlimmer als das: Weil sich die beiden kombinierten Anschauungen grundsätzlich ausschliessen, giebt es auch mancherlei Widersprüche und Inconsequenzen. Logisch richtig ist nur die absolute Durchführung des einen oder des anderen Gedankens.

Das Ziel kann nur die Durchführung der staatsrechtlichen Theorie sein. An der unklaren Vermischung privaten und öffentlichen Rechts hat unsere Wissenschaft lange gekrankt, und der grosse Aufschwung, den sie

neuerdings genommen hat, ist wesentlich eine Folge des Strebens nach Trennung dieser Rechtsgebiete.

Diese Trennung ist in der Lehre von der Gebiets-
hoheit besonders schwer, weil sich in ihr privates und
öffentliches Recht äusserlich auf das Engste verbinden.
Sie soll im dogmatischen Teil versucht werden. So wird
im § 6 die privatrechtliche Theorie, soweit sie heute noch
in Geltung ist, kritisiert und im § 7 ihr schädigender
Einfluss selbst auf die Schriftsteller nachgewiesen, die
prinzipiell der staatsrechtlichen Auffassung huldigen. Nach
Besprechung zweier besonderer Ansichten (im § 8) wird
dann die Anwendung des gewonnenen Resultats speziell
für das preussisch-deutsche Recht (§ 9) und für das Völker-
recht (§ 10) versucht werden.

A. Rechtshistorischer Teil.

§ 2.

Das römische Recht.¹⁾

Das System der Untersuchung ist für das römische
Recht einfach. Eine Besprechung der äusseren Verhältnisse
erübrigt sich, weil diese stets klar gewesen sind, im
Gegensatz zu der verwirrenden Vermischung in Deutschland,
die dem Verständnis so viel Schwierigkeiten bereitet. Auch
giebt es nicht systematische Untersuchungen über das Wesen

1) Vergleiche zu diesem ganzen Abschnitt: Windscheid, Lehr-
buch des Pandektenrechts I S. 411 ff., Dernburg, Pandekten I S. 161
ff., 443; — Pernice, M. Antistius Labeo, das römische Privatrecht im
1. Jahrhundert der Kaiserzeit, 1. Band Halle 1873 S. 263 ff., — Bekker,
System des heutigen Pandektenrechts, Weimar 1886, I, S. 333 ff., —
Wächter, Pandekten I. Teil Leipzig 1880, S. 274 ff., — Gierke, Das
deutsche Genossenschaftsrecht, 3. Band Berlin 1881, S. 55.

des Staates und seiner Herrschaft nach Art unserer heutigen Lehrbücher durchzuarbeiten. Staatsrecht als besondere Disziplin haben die Römer nicht getrieben, sondern sie haben ihre öffentlich-rechtlichen Anschauungen nur nebenher bei der Erörterung privatrechtlicher Fragen niedergelegt. Im Privatrecht ist also über ihre Anschauung Aufschluss zu suchen. Hier muss es sich zeigen, ob sie die staatliche Bestimmungsbefugnis von einer privaten Berechtigung oder auch nur einem ähnlichen Verhältnis abhängig machten, oder ob sie das öffentliche von dem Privatrecht zu trennen wussten.

Das römische Rechtssystem mit seinen klaren, scharfen Begriffen war von vornherein einer reinlichen Scheidung dieser beiden Rechtsgebiete günstig. Namentlich war es der die private Berechtigung erschöpfende Eigentumsbegriff der Römer, im Gegensatz zu der ein Ober- und Untereigentum gestattenden relativen Ausgestaltung bei den Germanen, welcher einer Vermischung vorbeugte. Wo die Sphären des Privatrechts und des öffentlichen Rechts auch äusserlich von einander getrennt erscheinen, weil die Gegenstände, deren Verhältnisse der Staat ordnet, im Privateigentum der Einzelnen stehen, also in der Mehrzahl der Fälle, ist damit auch die juristische Sonderung von selbst gegeben.

Schwerer ist diese dagegen, wenn die Trennung der beiden Sphären äusserlich nicht hervortritt. Dann kann ein Fehler leicht nach der einen oder der anderen Seite gemacht werden, indem entweder Privatrechte aus den öffentlichen Befugnissen gefolgert oder diese von einem Privatrecht abhängig gemacht werden. Hierher gehören die Fälle, in denen der Staat der einzige Dispositionsberechtigte an den Gegenständen ist, entweder weil sie überhaupt dem Privatrecht entzogen sind, alle Verfügungsbefugnis über sie sich also in der Staatsgewalt erschöpft, oder weil der Staat zugleich der Privatberechtigte ist, beide

Rechtssphären sich also in seiner Hand vereinigen. Entspricht die Stellung dieser Sachen im Rechtssystem und ihre Behandlung der notwendigen Trennung von Privatrecht und öffentlichem Recht, so darf die eingehendste Bestimmungsbefugnis des Staates keinen Einfluss auf das private Rechtsverhältnis der Sachen ausüben, und andererseits darf die private Berechtigung des Staates durch seine Eigenschaft als Factor des öffentlichen Rechts nicht beeinflusst werden.

Untersuchen wir zunächst die Stellung der Sachen, die dem Privatrecht entzogen sind. Hierher gehören die *res nullius, sacrae, sanctae, religiosae, publico usui destinatae*, die einen ihrer natürlichen Beschaffenheit, die anderen ihrer Bestimmung wegen.

Eine exakte Formulierung der hierüber geltenden Rechtsgrundsätze, etwa in lehrbuchartigen Leitsätzen, suchen wir vergebens. Einerseits erschwert der Sprachgebrauch der Römer, mit dem Genitivus sowohl den Eigentümer, als den Verfügungsberechtigten überhaupt zu bezeichnen, gerade diese Untersuchung, andererseits war es überhaupt nicht ihre Gewohnheit, über die letzten Prinzipien fundamentale Betrachtungen anzustellen. Ihre allgemeinen Aeusserungen sind deshalb unklar und auch widerspruchsvoll,²⁾ und es

2) Vergleiche nur folgende Aeusserungen: für die Unklarheit folgend aus dem Gebrauch des Genitivus: l. 3 D. *ne quid in loco publ.* 43,8 (Celsus): *Litora, in quae populus Romanus imperium habet, populi Romani esse arbitror*; — l. 1 pr. D. *de interd.* 43, 1 (Ulpian): . . . *quae sunt nullius, haec sunt liberae personae, . . . quae sunt alicujus, haec sunt aut publica aut singulorum . publica: de locis publicis, de viis deque fluminibus publicis . . . l. 1 pr. D. de rer. divis.* 1, 8 (Gajus): *Quae publica sunt, nullius in bonis esse creduntur, ipsius enim universitatis esse creduntur* — und für den Widerspruch: § 1 J. *de rer. div.* II, 1: *naturali jure communia sunt omnium haec: aer et aqua profluens et mare et per hoc litora maris*; — l. 14 D. *de aquir. rer. dom.* 41, 1 (Neratius): *litora non publica sunt, ut ea, quae in patrimonio sunt populi, sed ut ea, quae primum a natura prodita sunt et in nullius adhuc dominium pervenerunt: nec dissimilis condicio eorum est atque piscium et ferarum, quae simulatque cem-*

wäre ein unsicheres Unternehmen, aus ihnen die Ueberzeugung zu schöpfen. Der Aufschluss über die römische Auffassung ist vielmehr in der Entscheidung der speziellen Rechtsfragen zu suchen. Wie es überhaupt späteren Zeiten überlassen blieb, aus den Entscheidungen rückschliessend das System aufzubauen, so besteht auch in dieser Frage die Aufgabe darin, aus den Folgen das Prinzip zu konstruieren.

Von den *res nullius*³⁾ machen die Luft und das fließende Wasser vermöge ihrer natürlichen Beschaffenheit eine ausschliessliche Beherrschung durch einen Einzelnen unmöglich. Bei den Meeresufern ist eine solche denkbar, aber sie teilen das rechtliche Schicksal des Meeres. Bei ihnen gilt nicht der Satz „*superficies solo cedit*“, sondern das Erbaute bleibt Eigentum des Bauenden,⁴⁾ ein Privateigentum an ihnen wird dadurch verneint. Und es kann an ihnen auch Niemand Eigentum erwerben, wenn auch Martian dem Erbauer das *dominium soli* zuschreibt⁵⁾, denn das Recht des Erbauers am Boden geht durch das Verschwinden des Gebäudes wieder verloren, kann also kein Eigentum, sondern nur eine rechtlich geschützte Thatsache gewesen sein.

An sich eigentumsfähig, aber dem göttlichen Dienst gewidmet und deshalb dem menschlichen Recht entzogen, sind die *res divini juris*⁶⁾. An ihnen existiert kein Privat-

prehensae sunt, sine dubio ejus, in cujus potestatem pervenerunt, domini fiunt.

3) § 1 J. de rer. divis. 2, 1.

4) l. 14 pr. D. de acquir. rer. dom. 41, 1; — l. 50 h. t.; — l. 3 D. ne quid in loco publ. 43, 8.

5) l. 6 pr. D. de divis. rer. 1, 8: . . . et soli domini constituuntur, qui ibi aedificant, sed quamdiu aedificium manet: alioquin aedificio dilapso quasi jure postliminii revertitur locus in pristinam causam, et si alius in eodem loco aedificaverit, ejus fiet.

6) Die *res sanctae* stehen unter einem erhöhten Schutz — l. 8, l. 9 § 3, l. 11 D. de rer. div. 1, 8; — und sind deshalb quodammodo *divini juris*;

eigentum, wie aus dem vollen Schatzerwerb durch den Finder⁷⁾ hervorgeht und auch allgemein ausgesprochen wird⁸⁾.

Auch die *res publico usui destinatae* sind der privaten Disposition entzogen⁹⁾. Ob an ihnen ein Privateigentum des Staates besteht oder nicht, ist eine bekannte Streitfrage, deren Lösung für das hier zu gewinnende Resultat nicht von Bedeutung ist.¹⁰⁾

Alle diese Sachkategorien stehen unter der Bestimmungsbefugnis des Staates. Bei den *res divini juris*

— l. 1 pr. D. de div. rer. 1, 8 und § 10 J. de rer. divis. 2, 1; — juristisch aber gehören sie zu den *res publico usui destinatae*.

7) § 39 J. de rer. divis 2, 1.

8) § 7, 8 J. de rer. divis. 2, 1; — l. 6 § 2 und § 3 D. de divis rer. 1, 8.

9) l. 6 § 1 D. de contr. emt. 18, 1; — § 2 J. de inut. stip. 3, 19.

10) Die früher herrschende Lehre betrachtet diese Sachen als zivilrechtlich herrenlos, die Bestimmung zum öffentlichen Gebrauch soll jede Privatberechtigung ausschliessen. Sie stützt sich dabei hauptsächlich auf die über das Bett eines öffentlichen Flusses geltenden Rechtssätze (l. 7 § 5 D. de acquir. rer. dom. 41, 1; — l. 31 D. h. t.; — l. 22, 23 J. de rer. div. 2, 1), und sieht demgegenüber das Erfordern eines *solarium's* von dem Bebauer eines öffentlichen Platzes (l. 2 § 17 D. ne quid in loco publ. 43, 8) und die Bestimmung, dass der auf einem öffentlichen Platz gefundene Schatz zur Hälfte dem Fiskus oder der Gemeinde zufällt (§ 39 J. de rer. div. 2, 1) für blosse Finanzmassregeln an.

Die andere jetzt herrschende und den modernen Verhältnissen entsprechende Lehre erkennt an diesen Sachen ein Privateigentum des publizierenden Gemeinwesens an. Hierfür sprechen namentlich die genannten Rechtssätze über das *solarium* und die Schatzhälfte, ausserdem Quellenzeugnisse darüber, dass *stadia* und Theater einer Stadt vermacht worden sind (l. 122 de leg. I). Die Rechtssätze über das Flussbett werden dann als unregelmässig angesehen, und zu der Unterstützung dieser Auffassung wird auf eine Aesslerung Labeo's (l. 65 § 4 D. de acquir. rer. dom. 41, 1) hingewiesen (Pernice S. 275).

Welche Auffassung den Gedankengang der Römer richtig wiedergiebt, kann hier dahingestellt bleiben. Denn wenn kein Privateigentum besteht, so ist die Stellung dieser Sachen für unsere Frage dieselbe, wie die der *res nullius*, die staatliche Bestimmungsbefugnis ist also von einem Privatrecht unabhängig. Besteht aber Eigentum des Staates an ihnen, so greifen die späteren Erörterungen über den Staat als Privatrechtssubjekt durch, wonach dessen Privateigentum sich ebensowenig wie heute von dem eines Privatmannes unterschied, also auch die Ausübung der staatlichen Herrschaft nicht beeinflusst hat.

tritt diese zwar sehr zurück, ist aber deshalb nicht aufgegeben. Denn diese Sachen können wieder verkehrsfähig werden,¹¹⁾ und Justinian machte die *res sacrae* den Zwecken des Staates sogar durch ihren Geldwert dienstbar, indem er ihre Veräußerung zum Loskauf von Gefangenen gestattete.¹²⁾ — Die Verhältnisse der *res nullius* und *publico usui destinatae* regelt der Staat dafür um so genauer. An ihnen hat jeder Bürger prinzipiell das gleiche Recht, und der Staat verfährt deshalb nach dem Grundsatz, den Einzelnen soweit thätig werden zu lassen, als er dadurch nicht den Gemeingebrauch behindert.¹³⁾ Deshalb ist an den *res nullius* Jedem ohne weiteres eine Thätigkeit gestattet, die nicht auf dauernde und ausschliessliche Beherrschung eingerichtet ist. So darf Jeder das Meer befahren und in ihm fischen, am Ufer die Netze trocknen und leichte Hütten zum Schutz gegen die Witterung errichten.¹⁴⁾ Zur Aufführung eines dauernden, soliden Baues aber auf dem Ufer oder in das Meer hinein ist die Erlaubnis des Prätors notwendig;¹⁵⁾ wird dadurch der Gemeingebrauch gestört, so steht dem Geschädigten das *interdictum utile* zu¹⁶⁾ und der Erbauer wird nötigenfalls mit Gewalt entfernt,¹⁷⁾ während im anderen Fall, wenn Niemand Schaden erleidet, der Erbauer vom Prätor geschützt wird, und zwar, weil ihm hier ein besonderes Recht zusteht, durch Gewährung des *interdictum uti possidetis*.¹⁸⁾ — Auf den öffentlichen Plätzen darf Jeder spielen, auf den öffentlichen Wegen oder Flüssen Jeder gehen oder fahren. Das Ableiten von Wasser aus einem

11) l. 83 § 5 D. de verb. oblig. 45,1; — l. 36 D. de relig. 11,7; — l. 40 h. t.; — c 14 C. de relig. 11,7.

12) c 21 § 2 C de sacros. eccles. 1,2; — cf. § 8 J. de rer. divis. 2,1.

13) l. 2 § 9, l. 3 und l. 4 D. ne quid in loco publ. 43,8.

14) § 5 J. de rer. div. 2,1.

15) § 1 J. de rer. div. 2,1; — l. 50 D. de acquir. rer. dom. 41,1.

16) l. 2 § 8 D. ne quid in loco publ. 43,8.

17) l. 50 D. de acquir. rer. dom. 41,1.

18) l. 2 § 8 D. ne quid in loco publ. 43,8; — l. 14 D. de injur. 47,10.

öffentlichen Fluss ist, wenn es in angemessener Weise geschieht, gestattet, anderenfalls aber verboten.¹⁹⁾ Andere in der Benutzung des öffentlichen Flusses und Weges zu stören, wird wiederholt untersagt.²⁰⁾ Die Störung darf auch nicht indirekt in Ausnutzung sonstiger Rechte geschehen. So darf der Eigentümer zweier auf beiden Seiten eines öffentlichen Flusses gelegener Grundstücke diese nicht durch eine Brücke verbinden,²¹⁾ und es darf unter dem öffentlichen Weg hindurch keine Unterführung geleitet werden.²²⁾

Diese Gegenstände stehen also unter der eingehenden Ordnung des Staates. Der Charakter der staatlichen Thätigkeit kann erst genau erkannt werden, wenn wir ihnen die andere Gruppe von Gegenständen, bei der eine Vermischung von öffentlichem und Privatrecht besonders leicht ist, die im Privateigentum des Staates stehenden Sachen, gegenüberstellen.

Diese Sachen unterscheiden sich juristisch nicht von anderen Privatsachen. Der Staat bewegte sich im Privatrecht genau so, wie jeder Privatmann. Er erwarb und veräußerte bewegliche und unbewegliche Sachen, er ging Pachtkontrakte ein und liess sich Bürgschaft stellen, er gab Darlehen an Bürger und nahm solche auf, ja er führte Hausbücher, wie ein Privatmann.²¹⁾ Sein Vermögen unterschied sich lediglich durch die Person des Eigentümers von dem der Privatleute; die *res fiscales*, *res in patrimonio* werden vollständig den Regeln des Privatrechts unterstellt.²²⁾

19) l. 17 D. de serv. praed. rust. 8,3; — l. 1 § 41 D. de aqua cotid. 43,20; — l. 2 D. ne quid in flum. publ. 43,12.

20) l. 1 pr. und § 12 D. ne quid in flum. publ. 43,12; — l. 2 § 20 D. ne quid in loco publ. 43,8.

21) Pernice Labeo S. 264, 266.

22) l. 6 § 1 D. de divis. rer. 1,8; — l. 17 D. de verb. signif. 50,16; — l. 72 § 1 D. de contr. emt. 18,1; — l. 2 § 4 D. ne quid in loco publ. 43,8.

Damit ist das Vorliegen des einen möglichen Irrtums, dass die private Berechtigung des Staates durch seine Eigenschaft als Machtfaktor beeinflusst wird, für das römische Recht verneint. Und weiter ergibt sich auch, dass die Römer den anderen Irrtum vermieden haben, aus der öffentlichen Befugnis Privatrechte zu folgern.

Denn wenn der Staat im Privatrecht dem Privatmann gleichsteht, dann ist seine dortige Thätigkeit von seiner Herrscherthätigkeit im öffentlichen Recht prinzipiell verschieden. Dann ist auch bei den der Privatdisposition entzogenen Sachen von einem Privatrecht des Staates keine Rede, sondern seine Ordnungs- und Bestimmungsbefugnis ist rein staatlich. Man half sich auch nicht etwa mit einer Gesamtberechtigung der Volksgenossen, denn die im Gemeingebrauch Gestörten hatten nicht die Rechtsmittel des Eigentümers oder Besitzers, sondern die *actio injuriarum*²³⁾, den Schutz gegen Unbill. Das Recht, diese Sachen zu benutzen, folgt aus der Erlaubnis, die der Staat als Herrscher giebt.

Für alle Gegenstände also, ob sie im Privateigentum eines Unterthanen oder des Staates selbst stehen, oder ob an ihnen ein Privatrecht überhaupt nicht existiert, ist der Rechtsgrund der Thätigkeit des Staates derselbe. Und weil es über dem Privateigentum kein anderes privates oder ähnliches Recht geben kann, deshalb ist das Recht des Staates überhaupt kein privates oder auch nur ähnliches. Ein Obereigentum, ein Recht am Gebiet kannten die Römer nicht. Dann aber kannten sie für die staatliche Thätigkeit nur den einen Grund: die Ausdehnung des Staates. Weil alle die Gegenstände in seinem Machtbereich liegen, deshalb kann der Staat den Menschen mit zwingender Kraft befehlen, wie sie diese Gegenstände zu behandeln haben, und diese Befehle fallen, der verschie-

23) l. 2, § 9, D. ne quid in loco publ. 43,8; — l. 13, § 7, D. de injur. 47,10.

denen Natur und Bestimmung der Gegenstände entsprechend, verschieden aus. Das Gebiet war den Römern kein Objekt, es war ihnen der Herrschaftsbereich.

Das ist der letzte Gedanke, der dem römischen Rechtsleben zu Grunde lag. Ausgesprochen haben ihn die Römer zwar nicht, sie haben ihn aber instinktiv befolgt. Und von ihnen ist er zu uns gekommen. Es ist kein Zufall, dass mit dem Wiederaufblühen des römischen Rechts auch der moderne Staatsgedanke sich auszubilden begann, und dass Deutschland erst der Befruchtung durch die Staatsauffassung, wie sie sich in den italienischen Republiken gebildet hatte, bedurfte, um sich zu den heutigen Verhältnissen zu entwickeln.

§ 3.

Das germanische Recht. a) Die Entwicklung im Staatsleben.¹⁾

Im Gegensatz zu dem römischen Reich mit seinen von vornherein politisch und juristisch einfachen Verhältnissen ist in Deutschland der heutige Stand der Dinge erst die Frucht einer langen und mühsamen Entwicklung, die sich nebeneinander in doppelter Weise, im Staatsleben und in der Theorie, vollzog. Im Staatsleben bildete sich aus dem karolingischen Einheitsstaat erst der Feudalismus des Mittelalters und aus diesem endlich das heutige Deutschland, und die Theorie musste erst den Umweg durch die krasseste Patrimonialanschauung machen, ehe endlich die heutige moderne Staatslehre zur Geltung kam. Das Binde-

1) Vgl. über die staatliche Entwicklung namentlich: Karl Salomo Zachariae, *Der Geist der deutschen Territorialverfassung*, Leipzig 1800, S. 112 ff. — Zöpfl, *Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte*, Stuttgart, 1844—47, 2. Bd., 2. Abt., S. 149 ff; — Meyer, *Lehrbuch des Staatsrechts*, S. 47 ff; — Heimbürger, *Erwerb der Gebietshoheit*, 1. Teil 1888, S. 12 ff; — Preuss, *Gemeinde, Staat und Reich als Gebietskörperschaften*, Berlin 1889, S. 335 ff.

glied zwischen diesen beiden Entwicklungsreihen und deren mächtiges Förderungsmittel nach dem heutigen Ergebnis hin bilden die Hausgesetze der deutschen Fürsten, welche die Erkenntnis von der Unhaltbarkeit der bestehenden Grundsätze und den Versuch enthalten, deren grösste Gefahren abzuwenden.

So hat sich denn die Untersuchung nach dreifacher Richtung zu bewegen. Einmal hat sie die äussere staatliche Entwicklung zu verstehen, dann die Versuche der Fürsten zu verfolgen, deren Gang durch die Hausgesetze zu beeinflussen, endlich das Ringen der Wissenschaft nach einem befriedigenden Resultat darzustellen.

Zunächst also ist die äussere staatliche Entwicklung zu betrachten.

Von einem Staatsgebiet kann man in Deutschland erst nach der Völkerwanderung sprechen. Die civitates, die Völkerschaften, die vorher die politischen Einheiten waren, kannten an dem Grund und Boden nur ein privates Gesamteigentum der Volksgenossen. Es trat die unjuristische, rein wirtschaftliche Bedeutung des Grund und Bodens so stark hervor, dass die staatliche Bedeutung vorerst noch latent blieb.

Anders wurde es erst nach der Völkerwanderung. Die in civitates gespaltenen Stämme hatten sich geeint, sie waren sesshaft geworden und mit der römischen Kultur in Berührung gekommen. Aus dem Gesamteigentum der Völkerschaft mit der immer neu vorgenommenen Verteilung an die Volksgenossen wurde ein Privateigentum der Volksgenossen mit öffentlicher Oberherrschaft des Stammes, aus dem grossen Grundstück, das die civitas gemeinsam bewirtschaftete, wurde das Staatsgebiet, und aus dem Privateigentum an diesem Grundstück wurde die Gebietshoheit. Jetzt waren die Verhältnisse klar und einfach: Der Stamm war der Staat, und jeder Stamm hatte die Gebietshoheit über sein Gebiet. Bald jedoch begann die Verwirrung.

Auf den Trümmern der Stammesherzogtümer war die fränkische Universalmonarchie erwachsen, ein gewaltiges Reich mit straffer Organisation, deren Fäden alle in der Hand des Königs zusammenliefen. Aber schon unter dem grossen Karl kündigte sich die Auflösung an; die Grafen, die Werkzeuge der Könige in ihrem Kampf gegen die Herzogtümer, kehrten die ihnen verliehene Macht gegen ihre Machtgeber.²⁾ Dies wurde ihnen um so leichter, als das Grafenamt thatsächlich ein Monopol der hervorragendsten und begütertsten Familien geworden war, die nun in einer Hand die weitreichenden Befugnisse des hohen Beamten mit dem Einfluss des wirtschaftlich Starken vereinigten. Unter den schwachen Nachfolgern Karls gelang es ihnen, sich als Zwischeninstanz in das direkte Unterthanenverhältnis des Volkes zum König einzuschieben. „Seit dem neunten Jahrhundert war der Gedanke einer allgemeinen durch sich selbst notwendigen Unterordnung unter eine höchste, in der Königswürde dargestellte öffentliche Gewalt nahezu verschwunden, so dass man das Bedürfnis besonderer Unterwerfungsakte empfinden musste.“³⁾ Diese bestanden in der Uebernahme von Lehnsgütern, wobei der persönliche Treueeid geschworen wurde, der nun das Band zwischen König und Vasall bildete. So entstand aus dem Unterthanenverband der fränkischen Epoche der Feudalstaat des Mittelalters.

Einen wesentlichen Anteil an der Auflösung der alten, straffen Verfassung hatten die kirchlichen Immunitäten.⁴⁾

2) Berchtold, Die Entwicklung der Landeshoheit in Oesterreich nach den echten und unechten Freiheitsbriefen, München 1862, S. 3 ff.

3) v. Gerber, System des deutschen Privatrechts, 15. Aufl., Jena 1886, S. 193.

4) Vgl. hierüber: Schulte, System des allgem. katholischen Kirchenrechts, Giessen 1856, S. 160; Hinschius, Kirchenrecht der Katholiken und Protestanten in Deutschland, 1. Bd., Berlin 1869, S. 123 f; — Richter-Dove, Lehrbuch des katholischen und evangelischen Kirchenrechts, 7. Aufl., Leipzig 1871, S. 55, 155; Zorn, Lehrbuch des Kirchen-

Die Kirche hatte nach dem Grundsatz, dass sie nach römischem Recht lebe, für ihre Diener und Besitztümer die Privilegien des römischen Reiches in das Frankenreich mit herübergebracht. Hier erfuhr ihre bevorzugte Stellung noch nach allen Seiten hin eine derartige Stärkung, dass dadurch der alte Einheitsstaat aufgelöst werden musste.

So wuchsen zunächst die Besitztümer der Kirche, namentlich durch Schenkungen, ungeheuer an. Zu dieser wirtschaftlichen Macht gesellte sich die politische durch Ausdehnung der kirchlichen Jurisdiction. Diese vollzog sich einerseits dadurch, dass in allen Fällen, in denen ein Moment der Sünde vorlag, die kirchliche Gerichtsbarkeit an Stelle der weltlichen treten sollte, wodurch die staatliche Organisation in ihrem ganzen Umfange durchbrochen wurde. Andererseits wurde den kirchlichen Grossen immer mehr und mehr über ihre Güter die Gerichtsbarkeit im Ganzen gegeben, die sie dann durch Kirchengvögte ausüben liessen. Lagen viele solcher Güter zusammen, so wurde ihnen für solche grösseren Bezirke geradezu die Grafschaft übertragen. Es entsprach dies der alten Tendenz der Könige, die geistlichen Fürsten, zu welchen sie treu ergebene Personen zu machen pflegten, den schon oft oppositionell auftretenden weltlichen Fürsten gleichzustellen, oder sie gar zu deren Beaufsichtigung zu verwenden. Das Bistum wurde so ein Territorium, wie die Bezirke der weltlichen Grossen. Von der bischöflichen Jurisdiction waren wieder viele Klöster und Stifter befreit, sie wurden mit denselben Privilegien begabt und vermehrten so die Zahl der Territorien. Im 11. Jahrhundert verschwand die alte Gauverfassung vollständig, an ihre Stelle war eine grosse Zahl geistlicher und weltlicher Territorien getreten.

rechts, Stuttgart 1888, S. 51 ff., nam. S. 74; — Eichhorn, Deutsche Staats- und Rechtsgeschichte, Göttingen 1843, I. S. 679 ff, II. S. 58 f, 109 ff, 494 ff.

Nur eine Episode in diesem Zersetzungsprozess bilden die vorübergehend glücklichen Versuche der Wiederaufrichtung von Herzogtümern. Die stärksten der weltlichen Vasallen hatten es verstanden, das Zusammengehörigkeitsgefühl innerhalb der deutschen Stämme wieder derart zu beleben, dass sie sich zu Nationalherzögen aufschwangen. Anfangs des 10. Jahrhunderts war Deutschland thatsächlich in fünf Herzogtümer aufgelöst.⁵⁾

Ihr Bestehen war nicht von langer Dauer. Dem planmässigen Zusammenwirken der Könige mit den kleineren, von den Herzögen unterdrückten Machthabern konnten sie nicht widerstehen, und der Sturz Heinrichs des Löwen i. J. 1180 vollendete ihre Zerstörung für immer.

Die Früchte dieses Sieges genossen nicht die Könige, sondern die kleineren Vasallen, deren willige Unterstützung durch weitgehende Konzessionen erlangt war. Sie benutzten ihre Macht zur möglichsten Stärkung ihrer persönlichen Stellung, namentlich zur Erweiterung ihres Privatbesitzes.

Dies hatte wieder auf die Auffassung des Verhältnisses des Amtsbesitzes zum Privatbesitz den weitgehendsten Einfluss. Dieser überwog jenen in den meisten Fällen weitaus an Bedeutung. Kein Wunder, dass der Nachdruck auf den wichtigeren Teil gelegt und bei der thatsächlichen Zusammengehörigkeit das Amtsrecht mehr und mehr als Pertinenz des Privatbesitzes angesehen wurde.⁶⁾ Nun wurden auch die Rechtsanschauungen, die für den Privatbesitz galten, auf den ganzen Besitz ausgedehnt,⁷⁾ und die Kaiser, die damals in erster Linie die Unterstützung der Fürsten im Kampfe gegen die Kirche gebrauchten, konnten der Ausbildung und thatsächlichen Uebung einer solchen

5) Berchtold a. a. O., S. 4.

6) S. darüber ausführlich Zachariae, Geist der deutschen Territorialverfassung, Leipzig 1800, S. 114 ff.

7) Vergl. Berchtold a. a. O., S. 67 ff.

Anschaung nicht energisch entgentreten. Von den kaiserlichen Oberlehnsrechten schwand eins nach dem anderen dahin, Lehen und Allod wurden einander immer ähnlicher. Da die Amtsrechte nur durch Lehen übertragen werden konnten, gaben Viele ihr Allod dahin, um es als Lehn zurückzuempfangen: So verwandelte nach dem Sturz der Welfen 1180, Heinrich der Löwe seine braunschweigischen Allodialbesitzungen in Lehen, um die Herzogswürde darauf übertragen zu können. Den Kitt des Reichsbaues bildete das Lehnsverhältnis, ein privates Rechtsinstitut, das allein durch das daran klebende persönliche Treueverhältnis zur formellen Begründung einer öffentlichen Ordnung verwandt werden konnte, hierzu aber in keiner Weise ausreichend war, und hier gab es wieder Ober- und Unterlehen in unabsehbarer Reihe. Von einer Staatsidee im modernen Sinne, einer Gebietshoheit, hatte man damals keine Vorstellung. Das imperium floss aus dem dominium und wurde mit diesem übertragen, Teile des imperiums mit Teilen des dominiums. Weltdominium des Kaisers bzw. Papstes — Territorialdominium der Fürsten bzw. Bischöfe — Gutsdominium der kleinen und kleinsten Vasallen, dazwischen unzählige Mittelinstanzen, sich auf das merkwürdigste durchkreuzend, der Lehnsherr zugleich Lehnsmann, oft Lehnsmann des eigenen Lehnsmanns: Alles relativ, Alles privatrechtlich. Man kaufte, tauschte, schenkte und vererbte, Gebietsteile, Regalien und baares Geld, Alles mit und gegeneinander, so dass wohl selten Jemand von allen seinen einzelnen Besitzen und Rechten den Erwerbstitel hätte angeben können.⁸⁾ „Geht man die besonderen Verfassungen dergleichen Lande

8) S. über diese Vermischungen Nic. Thadd. Gönner, Entwicklung des Begriffs und der rechtlichen Verhältnisse deutscher Staatsrechtsdienstbarkeiten, Erlangen 1800, S. 7 ff, und J. J. Moser, Von der teutschen Reichsstände Landen, Frankfurt u. Leipzig 1769, S. 89 ff.

durch, so seynd dieselbige so verschieden, als die Gesichter und Gesinnungen derer Menschen.“⁹⁾ So gab es denn nur einen Ausgangspunkt, die Person, und territorium war ein Conglomerat der verschiedenartigsten Befugnisse, zusammengehalten und zur Einheit erhoben durch die Person des Herrn.¹⁰⁾

Es bedurfte eines jahrhunderte langen harten Kampfes, um diese Wirrnis einigermaßen zu lösen. Diese Epoche bietet uns das Bild der Entstehung des Gebiets aus dem territorium, des allmählichen Ueberganges der Hoheit des Reiches an die unteren Instanzen, von denen jede so viel wie möglich zu gewinnen suchte. Jeder dieser relativen Herren suchte sich absolut zu machen, nach oben hin sich zu befreien, nach unten hin andere zu binden. Der Sieg musste demjenigen Faktor zukommen, welcher sich wegen der Schwäche seiner nächsthöheren Instanz am energischsten bethätigen konnte. Am schwächsten aber war die kaiserliche Gewalt; ihre Ohnmacht benutzten ihre Lehnsleute dazu, ein Recht nach dem anderen an sich zu reißen. So wurden die Reichsunmittelbaren schliesslich die eigentlichen Gewalthaber, und „die oberlehnsherrliche Beleihung mit Bann und Regalien war wesentlich nur noch die Anerkennung eines schon bestehenden Rechts.“¹¹⁾ Die erste offizielle Beglaubigung ihrer Rechte erhielten sie von Friedrich II., der in seinen Konstitutionen von 1220 und 1232 auf sein konkurrierendes Regierungsrecht in ihren Ländern verzichtete, den Abschluss bildete der Westfälische Frieden. Die Reichsunmittelbaren sind jetzt Landesherren geworden, ihr territorium hat sich zu einem Gebiet, ihre Lehnsrechte haben sich zu einer Gebietshoheit ausgewachsen. Die

9) Moser a. a. O., S. 97.

10) S. Preuss, Gemeinde, Staat und Reich als Gebietskörperschaften. Versuch einer deutschen Staatsconstruction auf Grund der Genossenschaftstheorie. Berlin 1889, S. 335, 339, 342.

11) Heimbürger, der Erwerb der Gebietshoheit, 1. Teil, 1888, S. 13.

Herrschaft des Kaisers ist zu einem Ehrenvorrecht erblasst. „Caesar his omnibus tamquam subalternis seu subordinatis majestate sua, mit seiner überschwebenden Kaiserlichen Hoheit, supereminet.“¹²⁾ Deutschland ist zwar juristisch noch ein Staat, da die Kompetenz des Reiches grundsätzlich noch unbeschränkt geblieben war,¹³⁾ vom praktisch-politischen Standpunkt aus ist es aber nur noch eine lose Föderation der deutschen Staaten.¹⁴⁾ Offiziell sanktioniert wurde die Gebietshoheit der deutschen Staaten erst durch die Niederlegung der Kaiserkrone i. J. 1806.

§ 4.

Das germanische Recht. b) Die Hausgesetze.

Die äussere Entwicklung der Gebietshoheit war in Deutschland mit dem Westfälischen Frieden im wesentlichen abgeschlossen. Aber auch nur die äussere Entwicklung. Denn die Grundsätze für die Stellung des Gebiets zur Staatsgewalt sind noch genau die privatrechtlichen des Mittelalters. Aus der thatsächlichen Einheit zu einer begrifflich notwendigen wurde der Staat erst in unserem Jahrhundert, und das Ziel und den Schlussstein dieser Entwicklung bildet der Grundsatz der Einheit, Unteilbarkeit und Unveräusserlichkeit des Staatsgebiets.

Den Anstoss zu dieser Entwicklung gaben praktische Erwägungen, und die ersten Massnahmen gingen vom Reich aus. Die bekannteste Festsetzung des älteren Reichsrechts¹⁾ ist eine Bestimmung Kaiser Friedrichs I.

12) Nic. Christophorus Lyncker, Tractatus de superioritate territoriali, von der Landeshoheit, recusus; Wittenberg 1743, S. 15.

13) Meyer, Georg, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 4. Aufl. 1894, S. 57.

14) Meyer, Lehrbuch S. 58.

1) v. Gerber, »Ueber Teilbarkeit deutscher Staatsgebiete« in Aegidi's Zeitschrift für deutsches Staatsrecht, Bd. 1, 1867, S. 22.

von 1158 bezüglich der Reichslehen,²⁾ die dann auch in die Rechtsbücher³⁾ aufgenommen und in der goldenen Bulle⁴⁾ bezüglich der Kurlande von neuem in Erinnerung gebracht wurde. Teils genügten sie nicht, teils wurden sie übertreten, und so sahen sich denn die Fürsten veranlasst, „sich durch Hausverträge und Erbeinigungen oder auch Erbverbrüderungen noch mehr zusammenzusetzen, um ihren Nachkommen ihre Länder desto zuverlässiger zu bewahren“⁵⁾, und durch die „Grundsätze von der Unveräußerlichkeit und Unteilbarkeit der Güter und vom Vorzuge des Mannesstammes vor den Töchtern die Hauptstützen des unerschütterlichen Glanzes der hohen Häuser“⁶⁾ zu erhalten.

Die ersten sicheren Nachrichten von derartigen Festsetzungen haben wir aus dem 14. Jahrhundert. Es waren Anfangs nur schüchterne Versuche, den ärgsten Auswüchsen der privatrechtlichen Theorie entgegenzutreten. Durch den Vergleich von Pavia, 1329⁷⁾, zwischen den beiden bayrischen Linien wurde eine Veräußerung an Fremde untersagt und das ganze Gebiet trotz Teilung zum Stammgut des fürstlichen Hauses erklärt; im Einigungs- und Erbvertrag von

2) II feud. 55: Praeterea ducatus, marchia, comitatus de cetero non dividatur.

3) Sachsenspiegel Lehnrecht 20 § 5: Bischope gut und vanlen sal die Koning ganz lien und nicht tveien.

4) Goldene Bulle Cap. 25: scindi, dividi, seu quavis conditione dismembrari non debeant, sed ut potius in sua perfecta integritate perpetua maneant; primogenitus filius succedat in eis, sibique soli jus et dominium competat.

5) Pütter, Historische Entwicklung der heutigen Staatsverfassung des deutschen Reiches, Göttingen 1788, I, S. 214 und II S. 173.

6) Pütter a. a. O. I, S. 273.

7) Abgedruckt bei: Schulze, Hausgesetze der regierenden deutschen Fürstenhäuser, 1. Bd. Jena 1862; III. Bd: Hausverfassung und Hausgesetze des preuss. Königshauses Jena 1883. I S. 260 ff. s. S. 264: Und das wuer unser tail und Unser erben die vorgeschrieben tailunge: und Tading in allen ihren stucken, artielen und Puncten stätt: und gantz haben: und halten, das haben wuer gehaissen; und gelobt bei unseren Treuen und leiblich zu den Heiligen geschworen. cf. Schulze I S. 228.

1380⁸⁾ wurde die Unteilbarkeit der Markgrafschaft Baden constatirt. Besonders zahlreich sind solche Bestimmungen in dem Hohenzollerschen Hause. In der schwäbischen Linie ist der Senioratsvertrag zwischen den Repräsentanten der beiden Linien Zollern-Hohenzollern und Zollern-Schalksburg vom 27. Juli 1342 zu erwähnen,⁹⁾ in der fränkischen Linie der Vergleich zu Barkhausen vom 10. October 1341¹⁰⁾, die Verfügung Friedrich's V. vom 8. Januar 1372 und das Testament Friedrich's I. vom 17. Mai 1387¹¹⁾, welche die Zahl der zulässigen Teile beschränkten und durch Vorkaufsrechte, sowie gegenseitige Substitutionen der einzelnen Linien die Besitzungen der Familie zu erhalten suchten. — Einen gewaltigen Schritt vorwärts machte die *dispositio Achillea*¹²⁾, welche noch weit über die Bestimmungen der goldenen Bulle hinaus-

8) Schulze I S. 172: . . . sonderlich dass unnser Schlösser, Lannd und Leut nitt Inn vil hennden getheilt unnd zertrennt werden, ... zum Erssten setzen und wollen wir mit Namen, dass nun unnd herrnach zu öwigen Zeitten, die Markgraveschaft zu Baden mitt Schlössen, Lannden unnd mitt Leutten, die wir jetzund han unnd hernach gewinnen mögen, nicht mehr getheilt soll werden

9) S. Schulze III (Preussische Hausgesetze) S. 14.

10) S. Schulze III, S. 21, abgedruckt daselbst, S. 112: auch ist gerett und geteydingt, daz unser deheiner, noch sin Suon oder Nachkomen an der Herschaft . . . kein Vest, Land noch Gut on des anderen oder seiner elichen Sun willen, wort und gunst, icht on werden, verkauffen noch verkumern soll . . . Wer auch, dass unser einen oder unser elich Sun solich Not oder Durft an ginge, daz er verkauffen, versetzen oder verkumern must, daz sol er mit sinem rechten bringen, und sol auch den andern den kauffe, satz oder verküernusse vor vier wochen anbieten.

11) S. Schulze III, S. 23.

12) Abgedruckt bei Schulze III, S. 146 f: Zum ersten, so ordnen, setzen und wollen wir, dass die Mark zu Brandenburg en Teil sein solle Wir ordnen, meinen, setzen und wollen auch, dass keiner unser Söhne noch ihr keines Erben von den obengenannten unseren Landen nichts von keinerlei vergeben, versetzen oder verkaufen sollen; sie sollen das auch weder sämmtlich noch sonderlich keine Macht haben zu thun.

ging. Durch sie erklärte Albrecht Achilles die Unteilbarkeit nicht nur des eigentlichen Kurlandes, hier also der Mittelmark, der sog. Kurmark, sondern der gesamten märkischen Besitzungen, und durch sie legte er den Grundstein zu der späteren einheitlichen Entwicklung und damit auch zur künftigen Grösse Preussens, denn „der vom Historiker oft wenig beachtete Akt, wodurch die Unteilbarkeit des Staates grundgesetzlich festgestellt wurde, erscheint als der grösste Wendepunkt in der Staatsgeschichte eines deutschen Territoriums.“¹³⁾

Einige Rückfälle in die Grundanschauung der damaligen Zeit kamen vor, wurden jedoch bald überwunden. So bestimmte zwar Joachim I in seinem Testament von 1534 die Teilung der Marken, ebenso auch nach der Wiedervereinigung durch Erbgang Johann Georg i. J. 1596. Sein Nachfolger Joachim Friedrich aber konstatierte durch den Gerai'schen Vertrag vom 29. April 1599,¹⁴⁾ ratifiziert von den jüngeren Brüdern in Onolzbach am 11. Juni 1603, die Unverletzlichkeit der dispositio Achillea von neuem. Die jüngeren Brüder erhielten die fränkischen Lande ohne Befugnis weiterer Teilung, erkannten aber den Kurfürsten als das Haupt des ganzen Hauses an; nachgeborene Söhne, sowie Töchter sollten Apanagen bekommen. Hiermit war die Hausverfassung wesentlich zum Abschluss gebracht.

Aber alle diese Bestimmungen haben auch jetzt nur in zweiter Linie juristischen Charakter, in erster Linie dienen sie politischen Zwecken. Sie leugnen nicht prinzipiell die Unterwerfung des Gebiets unter die privatrechtliche Disposition des Fürsten, sondern verbieten nur im Staatsinteresse die Anwendung dieses an und für sich anerkannten Rechtsprinzips. Diese Verbote müssen daher immer von

13) Schulze III S. 33 und in dem »Recht der Erstgeburt« p. VI; vgl. dazu Berchtold Landeshoheit S. 73.

14) S. Schulze III S. 38 f.

neuem eingeschränkt und gegen Uebertretungen geschützt werden. So errichtete noch der grosse Kurfürst in seinem Testament vom 16. Januar 1686 für seine jüngeren Söhne Paragien.¹⁵⁾ Liegt hierin auch keine Landesteilung, so doch ein Rückschritt gegen das Prinzip der Apanagen. Mit Recht hob daher sein Nachfolger das Testament als den Hausgesetzen widersprechend auf und fand seine Brüder mit Geld ab. Er erweiterte die Achillea sogar dahin, dass er durch eine Verfügung vom Jahr 1710¹⁶⁾ an „Grafschaften und Herrschaften, auch anderen einzelnen Gütern, ingleichen Pretiosen, Raritäten, teils ererbten, teils angeschafften Sachen“ ein „ewig währendes unwiderrufliches Fideikommiss“ begründete, das dem jedesmaligen Thronerben zustehen sollte, so dass nun sämtliche Macht- und Geldmittel in einer Hand vereinigt waren. Dieses Edikt ist durchaus bezeichnend. In der Erklärung der Unveräusserlichkeit durch das privatrechtliche Institut des Fideikommisses und in der Nebeneinanderstellung von Gebiet, Grundstücken und Geld tritt vollständig die Anschauung hervor, nach welcher das Gebiet ein Objekt privatrechtlicher Verfügung ist, wie jedes andere Vermögensstück, andererseits liegt darin, dass diese Dinge alle, auch die Geldmittel, der Willkür der Einzelnen entzogen werden, der Keim des sich nunmehr allmählig entwickelnden Gedankens von der Selbständigkeit des Staates dem Fürsten gegenüber. — Zwar musste noch Friedrich II. an seinem Lebensabend in geheimen Familienverträgen sich die Unzertrennlichkeit der königlichen Güter garantieren lassen,¹⁷⁾ und Friedrich Wilhelm III. hielt es noch für nötig,¹⁸⁾ in dem Hausgesetz vom 17. Dezember 1808 § 1

15) S. Schulze III S. 46.

16) S. Schulze III S. 58, 59.

17) S. Schulze III S. 66.

18) S. Schulze III S. 73.

die Unveräusserlichkeit und Unteilbarkeit der Souveränitätsrechte von neuem zu bestätigen. In unserem Jahrhundert konnte auch theoretisch das Fazit der Entwicklung gezogen werden, die im staatlichen Leben schon seit dem Ende des 17. und im 18. Jahrhundert sich vollendet hatte: Das territorium, der Complex staatsrechtlich und thatsächlich verschiedener Bestandteile, wird Staatsgebiet, der Inhaber aller dieser einzelnen Privatrechte wird Träger der einheitlichen Staatssouveränität.

Die Entwicklung des modernen Staatsbegriffes zeigt sich besonders deutlich in der rechtlichen Behandlung der Domänen.¹⁹⁾

Gemäss der Vermischung von Amtsbesitz und Privatbesitz setzten sich die Domänen aus Gütern, die durch die Landeshoheit und mit dieser erworben waren, und aus wirklichen Privatgütern des herrschenden Hauses zusammen,²⁰⁾ der Fürst war also theils Grundbesitzer, theils Herrscher. Dieser Zustand liess sich in der Patrimonialzeit ertragen, als die aus beiden Stellungen fliessenden Befugnisse dieselben waren: die Domänen wurden gemeinsam bewirtschaftet, aus ihren gemeinsamen Einkünften wurden die Kosten der Hofhaltung und der Verwaltung bestritten, und die etwaigen Ersparnisse wurden zur Neuerwerbung von Gütern verwandt, so dass die verschiedene Herkunft ganz vergessen wurde. Eine Aenderung in diesem Zustande begann erst, als die Erträgnisse der Domänen zur Bestreitung der steigenden Staatskosten nicht mehr hin-

19) Litteratur über diese Frage: Ernst Meier, Art. »Domänen« in v. Holzendorff's Rechtslexikon. — Artikel »Domänen« im Handwörterbuch der Staatswissenschaften, Bd. 2. — Artikel »Domänen« im Gesellschaftslexikon, Bd. 6. — v. Treitschke, Art »Domänen« im Handwörterbuch der Staatswissenschaften, Bd. 2. — Ders., Artikel »Civilliste« ebenda, Bd. 3. — v. Rönne, Preussisches Staatsrecht II, 2, 3. Aufl. 1872 S. 585 ff. — Ueber die finanzielle Seite: L. v. Stein, Lehrbuch der Finanzwissenschaften, 4. Aufl., 1. Bd. 1878 S. 254 ff.

20) S. v. Rönne a. a. O. S. 587 und Meier a. a. O. S. 404.

reichten und die Fürsten von den Ständen die Bewilligung von Steuern durch die Gestattung einer Mitwirkung bei der Verwaltung überhaupt und insbesondere der Domänen erkaufen mussten. Um dieser lästigen Aufsicht der Stände wenigstens für die Privatausgaben zu entgehen,²¹⁾ begannen jetzt die Fürsten zur Bestreitung ihrer persönlichen Bedürfnisse aus den Kammergütern sog. Chatoullgüter auszuscheiden und diese in ihre eigene, private Verwaltung zu nehmen. Da eine genaue Scheidung dem Ursprung nach teils sehr schwer, teils unmöglich, die Teilung also in jedem Fall mehr oder weniger willkürlich war, blieb in beiden Gruppen die Vermischung von Staats- und Privateigentum bestehen.

Im modernen Staat ist ein solcher Zustand unhaltbar. Öffentliches Recht und Privatrecht des Staates und des Fürsten sind zu scheiden. Die Regelung der Domänenfrage ist deshalb auch die notwendige Folge der Ausbildung des modernen Staatsgedankens.

Preussen ist auch hierin vorangegangen. Schon der grosse Kurfürst liess die Einkünfte aus den Domänen wieder zusammen vereinnahmen und davon einen festen Betrag zur Chatouille in Ausgabe stellen.²²⁾ Friedrich Wilhelm I. hob dann in seinem Edikt von der Inalienabilität der Domänen vom 13. August 1713 den Unterschied zwischen den Kammergütern und Chatoullgütern auf, schloss sie beide als rechte „Domanial-, Kammer- und Tafelgüter“²³⁾ zusammen und bestimmte im ganzen ihre Unveräusserlichkeit. Damit hatte der König seine doppelte Stellung als Grundbesitzer und Regent einfach in der Regenteneigenschaft aufgehen lassen. Die Domänen waren jetzt Staatsgüter, und

21) S. v. Treitschke, Art. »Domänen« a. a. O. S. 166 und Artikel »Domänen« im Handwörterbuch, Bd. 2, S. 956.

22) v. Treitschke, Art. »Domänen« S. 167; cf. v. Rönne a. a. O. S. 588.

23) S. Schulze III S. 57.

das A. L. R. definiert sie im II. Teil 14. Titel § 11 richtig als „Grundstücke, deren besonderes Eigentum dem Staat und die ausschliessende Benutzung dem Oberhaupt desselben zukommt“. Mit ihrem Charakter als Privateigentum des Staates ist es wohl vereinbar, wenn der § 16 l. c. ihre Veräusserung unter gewissen Umständen gestattet.

Die Unglückszeit zu Anfang dieses Jahrhunderts führte zu einer praktischen Anwendung des landrechtlichen Grundsatzes. Es wurde mit Zustimmung der Provinzialstände und Agnaten das Hausgesetz vom 17. Dezember 1808²⁴⁾ erlassen, welches die Veräusserung unter besonderen Garantien gestattete. Der Gedanke der Domänen ist richtig erfasst. Als Güter des Staates haben sie dessen Interesse, unter Umständen also auch durch Verkauf, zu dienen, infolge ihrer Wichtigkeit aber sind sie der Willkür des einzelnen Herrschers entzogen. In dem heutigen konstitutionellen Staat liegt in ihrer Eigenschaft als Staatseigentum schon dagegen ein genügender Schutz.

Dem preussischen Beispiel folgte das übrige Deutschland. Man machte sich allmählich von der Vermischung des Staatseigentums mit dem Privateigentum frei. Dabei wurden zwei entgegengesetzte Wege eingeschlagen.²⁵⁾ Der Staatseigentumsgedanke musste vornehmlich in den grösseren Staaten durchdringen, weil hier naturgemäss die Grundbesitzerstellung gegenüber der Regentenstellung zurücktrat. In den kleineren Staaten dagegen, wo die erstere oft überwog, hat man sich von der alten Reminiscenz nicht losreissen können und die Domänen als Privatgüter der Fürsten behandelt, wobei das Staatsinteresse nur durch mehr oder weniger einschränkende Vorschriften gewahrt blieb. So bestehen in Deutschland

24) Art. »Domänen« im Handwörterbuch S. 958.

25) Darüber genau: v. Treitschke, Artikel »Domänen« S. 168. — Ders., Art. »Civilliste« S. 518, und Art. »Domänen« im Handwörterbuch S. 958 ff.

zwei Systeme: Die Domänen sind Privateigentum des Staates geworden, und der Unterhalt des Fürsten wird in Gestalt einer Civilliste aus den allgemeinen Staatseinnahmen bestritten,²⁶⁾ oder sie sind Privateigentum des Fürsten geworden mit gewissen öffentlichen Verpflichtungen. Eine Zwischenstellung nehmen die Länder ein, in denen das Eigentum teils dem Staat, teils dem Fürsten zugewiesen ist.

Der richtige Standpunkt ist der erste. Zum Begriff der Civilliste gehört eine völlige Verschmelzung des Kammerguts mit dem Staatsgut²⁷⁾, und diese setzt die klare Erfassung des Staats als Privatrechtssubject und eine scharfe Scheidung sowohl von dem Privatrecht des Fürsten, als auch von den öffentlichen Befugnissen voraus. Deshalb ist die materielle Stellung des Fürsten von seiner Herrscherstellung an sich unabhängig. Allerdings hat der Staat historisch wie juristisch die Pflicht, den Fürsten standesgemäss zu alimentieren, aber das muss er auch bei anderen Organen des Staates, dessen erster Diener der Fürst nach dem bekannten Ausspruch des grossen Friedrich ist.

§ 5.

Das germanische Recht. c) Die Entwicklung in der Theorie.

Vorbereitet, gestützt und begleitet wurde diese Entwicklung durch die Theorie. Mit dem römischen Recht kam die römische Staatsidee, wie sie in den italienischen Stadtstaaten verwirklicht war, nach Deutschland. Die Fürsten, welche sie zur Unterdrückung der lästigen Macht der Stände gebrauchen konnten, fassten sie bereitwilligst

26) Dass die Domänen in Preussen durch die Verordnung vom 17. Januar 1820 für den sg. Kronfideikommissfonds verpfändet sind, mag zwar historisch ein Rest der alten Praxis sein, juristisch ist dagegen ebenso wenig einzuwenden, wie gegen die eben dort bestimmte Verpfändung für die alte Staatsschuld. Eine andere nicht hier zu erörternde Frage ist es, wie sich zu dieser Verpfändung die neuen Grundbuchgesetze verhalten.

27) v. Treitschke, Art. Civilliste S. 281.

auf. Man ordnete ihre Lehre auf den Universitäten an, und von diesen verbreitete sie sich in Theorie und Praxis. Zuerst durchgeführt wurde sie in Frankreich, und es ist auch der Franzose Bodin, der Anfangs des 17. Jahrhunderts in seinem berühmten Buche „de Republica“ zum ersten Mal eine wissenschaftliche Darstellung und Begründung des Staatsbegriffes giebt. Der Staat ist ihm eine *familiarum rerumque inter ipsas communium summa potestate ac ratione moderata multitudo*.¹⁾ Sein Hauptverdienst liegt in der scharfen Betonung der Zusammengehörigkeit und Einheit der Staatselemente, wodurch er zuerst eine begriffliche Erfassung des Staates ermöglichte. Begierig griff man seine Ideen auf, um sich aus den Wirrnissen der Feudalzeit zu retten, seine Gedanken wurden grundlegend für lange Zeit. Im Uebrigen aber steht er vollständig im Banne der privatrechtlichen Anschauungen seiner Zeit. Aus den vielen einzelnen Objecten der fürstlichen Macht ist ein Object, aus den verschiedenartigen Rechten des Fürsten ein einheitliches Recht an diesem Object als Ganzem geworden, Recht und Object sind aber privatrechtlich. Daher zeigen sich bei Bodin zwar die Keime des modernen Staatsgedankens, er führt aber nicht unmittelbar zu ihm hin, sondern nur mittelbar durch die nunmehr sich entwickelnde Patrimonialtheorie. Der Staat ist noch nicht die Persönlichkeit des öffentlichen Rechts, wofür er heute angesehen wird, sondern eine *Domaine* des Fürsten; er ist mit Allem, was dazu gehört, ein Vermögensstück des Herrschers, das sich rechtlich nicht wesentlich von anderen Vermögensstücken unterscheidet. Die über dieses geeinte Ganze herrschende *majestas* geht nicht organisch aus dem Staat hervor, sondern sie steht ausserhalb desselben und ergreift ihn als Object. Deshalb musste der richtige Gedanke, dass sie eine „*summa*

1) Joani Bodini de Republica libri sex, Francofurti 1622, lib. I., cap. I. initis.

et legibus soluta potestas“²⁾ sei, absolutistisch ausgestaltet werden und dazu dienen, die privatrechtliche Herrschaft zu einer schrankenlosen zu machen. Die Souveränität im Bodin'schen Sinne ist der Absolutismus des Herrschers. Ludwig's XIV. Ausspruch „l'état c'est moi“³⁾ ist nur der consequente Ausdruck dieser Theorie. So gab es denn dem Staat gegenüber auch kein Privatrecht, und ein so berühmter Rechtsphilosoph wie Hobbes konnte allen Ernstes jedes Eigentumsrecht der Unterthanen dem Staate gegenüber leugnen⁴⁾ und zur Erklärung als Analogie die Eigentumsunfähigkeit der Sklaven dem Herrn gegenüber anführen.⁵⁾

Noch bis in unser Jahrhundert hinein behielten diese Ideen ihre Kraft. Bedeutende Schriftsteller, wie Biener und Zachariae⁶⁾ erklären resigniert, unter den nun einmal in Deutschland gegebenen Verhältnissen müsse man das Landeseigentum als Grundlage der Landesverfassung ansehen. Auf dem Landeseigentum beruhe die Landeshoheit und die Reichs- und Landstandschaft,⁷⁾ es sei die Quelle aller Regalien;⁸⁾ die Landeshoheit sei ein Annexum der

2) Bodin loc. cit. I., 8.

3) Vgl. bei Heimbürger, Erwerb der Gebietshoheit, 1. Teil, 1888, S. 16 die Instruction Ludwigs XIV. an den Dauphin: Tout ce qui se trouve dans l'étendue de nos états, de quelque nature qu'il soit, nous appartient au même titre; vous devez être bien persuadé, que les rois sont seigneurs absolus et ont naturellement la disposition pleine et libre de tous les biens, qui sont possédés.

4) Thomas Hobbes, de cive, Amsterdam 1647, cap. VI, § 15, singuli cives suum sibi proprium habent contra concives, ... sed non contra imperium summum . . . neque agit de eo, quod jure possit is, qui summum imperium habet, sed quid voluit.

5) Hobbes, de cive, cap. XII, § 7: Civitas autem civium omnium dominus est; et qui dominum habent, dominium non habent.

6) Zachariae, Geist der deutschen Territorialverfassung, Leipzig 1800. — Biener, de natura et indola dominii libri duo, Halle 1780.

7) Zachariae a. a. O. S. 248.

8) Biener a. a. O. II Buch, 2. Kap. de dominio regalium fonte. — Fischer, Lehrbegriff der sämtlichen Kameral- und Polizeirechte II S. 388 ff. — Zachariae a. a. O. S. 113, 114.

Lehns- und Allodialstücke und stehe zugleich mit dem Territorium im Privateigentum.⁹⁾ Sie unterstehe deshalb auch der privatrechtlichen Befugnis des Herrschers, und dieser könne sowohl das ganze Land, wie einen Teil, ein einzelnes Regierungsrecht, wie einzelne Regalien veräussern.¹⁰⁾

Daneben aber machte sich eine andere Strömung geltend, die schliesslich die herrschende werden sollte.

Sie wird von Hugo Grotius eingeleitet.¹¹⁾ Auf der von Bodin begründeten Einheit des Staates fussend, gelangte er weiterschliessend zu der Ueberzeugung, dass die staatliche Herrschaft von dem Privateigentum, das *imperium* vom *dominium* begrifflich verschieden sein müsse.¹²⁾ Zwar ist auch er ein Kind seiner Zeit, insofern er noch im *imperium* ein gewisses „zartes“ Obereigentum enthalten sieht,¹³⁾

9) Biener a. a. O. I S. 41, 42: *Territoria Germaniae cum Superioritate iisdem adhaerente aut jure allodii aut jure feudi possidentur. Utraque possessio proprietatem territorii juriumque annexorum continet, a qua quidem superioritas distingui debet, quae ipsa tamen cum territorio, in quo tamquam in fundo residet, patrimonium constituit principum familiarumque illustrium in Germania. . . . Germania tota, si ab imperio ipso ejusque regimine, quod per totius regni fines patet, recesseris, regitur jure patrimoniali ac herili. Neque enim superioritas territorialis secundum principia majestatis in gente libera (Hinweis auf das allgemeine oder ideale Staatsrecht, Bem. d. Verf.) debet judicari; sed territoriis adhaeret ex formula imperii, atque cum ipsis territoriis in patrimonio est, ut patrimonialem et herilem haut inepte dixeris. . . . Omnia haec territoria, sine quibus superioritas non intellegitur, in patrimonium et proprietatem cesserunt cum omnibus juribus, regalibus atque ipsis adeo subditis ac vasallis.*

10) J. J. Moser, von der teutschen Reichsstände Landen, Frankfurt und Leipzig 1769, S. 142.

11) Hugo Grotius, *de jure belli ac pacis libri tres*, Francofurti a. M. 1696.

12) Grotius a. a. O. lib. II cap. III § 4: *Quamquam plerumque uno actu quaeri solent imperium et dominium, sunt tamen distincta; ideoque dominium non in cives tantum, sed etiam in extraneos transit, manente penes quem fuit imperio.*

13) Grotius a. a. O. lib. II cap. III § 19: *Sed illud simul notandum est; interdum primas acquisitiones a populo aut populi capite ita*

welches die Gesamtheit bei der Verteilung des Eigentums an die Einzelnen von dem ursprünglichen Gesamteigentum zurückbehalten habe. Aber schon sein Kommentator Cocceji¹⁴⁾ erweitert seinen Gedanken dahin, dass nach ihm „dominium toto coelo ab imperio differt.“

Eine solche Unterscheidung entsprach wohl den klaren und einfachen Verhältnissen anderer Völker, aber nicht dem wirren Durcheinander Deutschlands. Hier construierte man sich deshalb unter Abstraction von den gegebenen Verhältnissen einen Idealstaat und erklärte die Abweichungen von diesem für thunlichst zu beseitigende Unregelmässigkeiten¹⁵⁾. Mit Stolz sagen die Lehrer eines solchen idealen Staatsrecht, dass erst „die Kultur desselben einiges System in das Chaos“¹⁶⁾ gebracht habe. Grundstürzend gingen sie deshalb aber immer noch nicht vor. Sie verneinten zwar das privatrechtliche Dispositionsrecht des Herrschers, aber nicht, weil es mit dem Begriff des Staates als solchen unvereinbar sei, sondern weil es gegen den angeblich zwischen Herrscher und Unterthanen geschlossenen Subjectionsvertrag verstosse¹⁷⁾. Deshalb sprach

factas, ut non tantum imperium, in quo inest jus illud eminens, de quo alibi egimus, sed etiam privatum . . . quaereretur: atque ut deinde particulatim in privatos ita fieret distributio, ut tamen eorum dominium ab illo priore dominio penderet, si non ut jus vasalli a jure fenioris aut jus emphyteuticarii a jure proprietarii, sed tamen aliquo tenuiore modo.

14) Samuel von Cocceji, Dissertationes Prooemiales; XII. XII § 237: Imperium est potestas proprio jure competens ad tuenda jura civitatis, dominium est facultas domino competens de re sua de libitu disponendi.

15) So ausdrücklich A. F. H. Posse, Ueber das Staatseigentum in den deutschen Reichslanden, Rostock und Leipzig 1794 S. 20.

16) Gönner, Entwicklung des Begriffs und der rechtlichen Verhältnisse deutscher Staatsrechtsdienstbarkeiten, Erlangen 1800, S. 8.

17) So v. Epplen, Ueber das Prinzip der deutschen Territorialverfassung. Frankfurt 1803, und Posse, Ueber das Einwilligungsrecht deutscher Unterthanen in Landesveräußerungen, Jena 1786. Letzterer sagt auf Seite 2: Ohne von der Orthodoxie des Verbrechens der beleidigten Majestät angeschuldigt zu werden, kann man heutzutage in der

man dem Fürsten zuerst ein teilweises Veräusserungsrecht ab, weil dadurch die vertragsmässige Zusammengehörigkeit der einzelnen Teile gestört würde¹⁸⁾, dann ein solches Recht überhaupt¹⁹⁾. Immerhin kam hierdurch die Rechtsfähigkeit der Unterthanen zum Ausdruck, die Patrimonialtheorie wurde bei Seite geschoben, die absolute Herrschermacht auf das im Interesse des Staates liegende vernünftige Maass herabgedrückt. Erst jetzt hat es eine Berechtigung, von einer Staatsgewalt in unserem Sinne, von einer Gebietshoheit zu reden. Demgemäss finden wir diesen Ausdruck auch zuerst bei Anhängern des idealen Staatsrechts als Grundlage juristischer Construction. „Die Landsfürstliche Obrigkeit ist vor Alters im Reich ein ganz unbekannt Ding gewesen und ist ein neuer *foetus nostri saeculi*“ sagt Lyncker²⁰⁾ und definiert sie als „*potestas immediati post Caesarem Regiminis, Statibus in personas et res sui territorii competens*“²¹⁾. Ganz modern fasst sie bereits Epplen²²⁾, der unter „Landeshoheit nichts Geringeres als die Staatsgewalt, das ist einen Inbegriff der Regierungsrechte“ versteht.

Mit solchen freien Ideen stand die damalige Regierungspraxis in Widerspruch. Wenn der grosse Kurfürst den Ausspruch that: „*Sic gesturus sum principatum, ut sciam, rem esse populi, non meam privatam*“, und wenn Friedrich der Grosse sich selbst als den ersten Diener des Staates bezeichnete, so sind sie damit ihrer Zeit weit vorausgeeilt; im Allgemeinen hielten die Fürsten an der Patrimonial-

Regel eine vertragsmässige Unterwerfung der Nationen unter ihre Herrscher behaupten.

18) So zuerst H. Grotius loc. cit. lib. II cap. II, § 3 und 4.

19) So Posse Einwilligungsrecht S. 71.

20) Nic. Christophorus Lyncker, *Tractatus de Superioritate territoriali*, von der Landeshoheit, recusus Wittenberg 1743, S. 3.

21) Lyncker das. S. 11.

22) v. Epplen, *Territorialverfassung*, S. 33.

theorie fest und machten von der ihnen darnach zustehenden schrankenlosen Gewalt den weitgehendsten Gebrauch. Aber die Geister, einmal geweckt, liessen sich nicht mehr zurückhalten und machten sich schliesslich gewaltsam Luft. Die französische Revolution brachte die Rechte des Volkes zur Geltung, sie führte die Gedanken des idealen Staatsrechts ins Leben ein und entzog der patrimonialen Anschauung den Boden. Aus der Domäne des Fürsten wird ein Staat im wahren Sinne des Wortes, aus dem Sklaven des Herrschers wird ein freier Unterthan.

So drängte die Entwicklung von verschiedenen Ausgangspunkten nach demselben Ziel, der Bildung des modernen Staates. Unserem Jahrhundert war es vorbehalten, das Facit zu ziehen. Jetzt zwingt die Staatsgewalt nicht mehr, weil sie der Wille des Fürsten ist, sondern umgekehrt wird der Wille des Fürsten erst zwingend als Wille des Staates. Dieser Wille tritt nicht mehr von aussen an den Staat heran, sondern er geht aus ihm hervor, er ist das Produkt und der Ausdruck des reich entwickelten staatlichen Innenlebens. Die einzelnen Elemente greifen in einander, um durch ihr Zusammenwirken den Willen des Staates hervorzubringen: Der Staat ist ein Organismus; — der Staat ist sich selbst Ziel und Zweck, er ist nicht mehr totes Objekt, er ist lebendes Subjekt, er ist Person. Die organische, persönliche Anschauung gelangte zur Herrschaft.²³⁾

23) Lorenz von Stein, Verwaltungslehre, I, 1, 2. Aufl. Stuttgart 1869, S. 4: Der Staat ist die Erhebung der Gemeinschaft der Menschen in Land und Volk zum persönlichen Bewusstsein und Willen. Grotefend, Das deutsche Staatsrecht der Gegenwart, Berlin 1869, S. 10: Den äusseren Bestand des Staates beseelt die Idee, welche in demselben ihre Verwirklichung sucht. Der Staat ist demnach ein persönliches Wesen. v. Gerber, Ueber Teilbarkeit deutscher Staatsgebiete in Aegidi's Zeitschrift für deutsches Staatsrecht Bd. 1, 1867, S. 9: Wir denken uns den Staat als einen Organismus mit der Idee der Persönlichkeit. Die Seele ist die Staatsgewalt. Adolph Lasson, Prinzip und Zukunft des Völkerrechts, Berlin

Allerdings hat sich die alte, patrimoniale Auffassung, wenn auch in wesentlich abgeschwächter Form, noch bis in die neueste Zeit hier und da in der Wissenschaft erhalten. So sah noch Stahl²⁴⁾ den Staat als Anstalt an. „Als ob er überhaupt etwas Gemachtes sein könnte!“²⁵⁾ Und neuerdings leugnet Seydel die Persönlichkeit des Staates. Er wendet ein²⁶⁾: „Will man den Staat aus einem Objekt zum Subjekt machen, sei es in der Form des Organismus oder der juristischen Person oder sonst wie, so gerät man in Fiktionen, d. h. in Widerspruch mit der Wirklichkeit.“ „Der Staat ist Objekt; Subjekt ist der Inhaber der Herrschaft über den Staat.“ Aber sein Widerspruch ist vereinzelt. Auch wer es nicht besonders ausspricht, legt unwillkürlich die Anschauung des Staates als Organismus, als Persönlichkeit seinen Untersuchungen zu Grunde. „So darf denn heutzutage in der Staatswissenschaft die Auffassung des Staates als selbständigen Rechtssubjekts

1871, S. 124: Der Staat ist Person in vollem Ernst, gerade so wie jeder Mensch, nur eine andere Art der Person. Rosin, »Kritische Begriffsstudien« in den Annalen von Hirth und Seydel 1883, Heft 5 und 6: Der Staat ist die öffentlich-rechtliche Gesamtpersönlichkeit zur Verwirklichung nationaler Gemein Zwecke. — Bähr, Der Rechtsstaat, eine publizistische Skizze, Cassel und Göttingen 1864, S. 45: Der Staat ist der juristisch entwickelte Begriff für die Genossenschaft der Nation. Siehe ferner noch: Dr. Bruno Schmidt: Der Staat, eine öffentlich-rechtliche Studie, Leipzig 1896. Laband, Lehrbuch I, S. 53, Zorn, Reichsstaatsrecht 1. Bd., 2. Aufl., Berlin 1895, S. 62. — Hänel, Studien zum deutschen Staatsrecht. I. Die vertragsmässigen Elemente der deutschen Reichsverfassung, Leipzig 1873, S. 57 ff. — Ders., Deutsches Staatsrecht, Bd. I, 1892, S. 102 ff. — Jellinek, Gesetz und Verordnung, Freiburg 1887, S. 192 ff. und Andere.

24) Stahl, Philosophie des Rechts, Bd. 2, Abt. 2, 2. Aufl. 1846, S. 110.

25) Zöpfl, Grundsätze des allgemeinen und deutschen Staatsrechts. Heidelberg. 4. Aufl. 1855.

26) Max Seydel, Bayrisches Staatsrecht, Bd. 1—3, München 1884 bis 1887. I. S. 352 und »Die neuesten Gestaltungen des Bundesstaatsbegriffs« in den Annalen von Hirth und Seydel, Jahrgang 1876, S. 647, 653.

als die für die Betrachtung des Staates massgebende angesehen werden.“²⁷⁾

Der Staat ist nicht die einzige Persönlichkeit des öffentlichen Rechts. Dieselben Erscheinungen, wie beim Staat im Grossen, sehen wir im Kleinen bei den Gemeinden, Kreisen und Provinzen. Auch sie haben ein Leben und als dessen Aeusserung einen Willen, auch sie haben Organe, die diesen Willen durchführen. Die kleineren Organismen bilden durch Zusammenschluss einen grösseren, diese wieder einen grösseren und so fort, so dass das öffentliche Leben eine Kette von Organismen aufweist, deren kleinere immer dem grösseren eingegliedert sind. Aus dieser Eingliederung ergiebt sich die Unterwerfung unter den organischen Willen der höheren Instanz. Der höchste Organismus, welcher keinem andern mehr eingegliedert ist und deshalb keinen Willen mehr über sich anerkennt, ist souverän.²⁸⁾

In ihm hat man den Staat zu sehen. Zwar wird das von Vielen bestritten, die den Staat an verschiedenen anderen Merkmalen²⁹⁾ erkennen wollen. Aber sie stehen

27) Meyer, Lehrbuch des deutschen Staatsrechts, 4. Aufl. 1895, S. 9.

28) Ueber die Berechtigung des Begriffs der Souveränität überhaupt und über dessen Vereinbarkeit mit der heutigen organischen Staatsauffassung, s. unten im § 8 die Bemerkungen gegen Preuss.

29) S. über diese Versuche: Rosin, »Kritische Begriffsstudien« in den Annalen von Hirth und Seydel 1883, Heft 5 und 6, nam. S. 289 ff; ders. »Recht der öffentlichen Genossenschaft« S. 41, dagegen: Gierke, »Laband's Staatsrecht und die deutsche Rechtswissenschaft« in Schmoller's Jahrbüchern für Gesetzgebung etc., N. F. 1883, Heft 4, S. 1195.

Brie, Die Theorie der Staatenverbindungen, Stuttgart 1886, nam. S. 6—13, ähnlich Schmidt, Der Staat, S. 50 ff; — dagegen Rehm in der kritischen Vierteljahrsschrift N. F. X, S. 25 ff, Laband Lehrbuch I, S. 63 und im Archiv für öffentl. Recht II, S. 317 ff.

Liebe, »Staatsrechtliche Streitfragen« in der Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft Bd. 38, Jahrgang 1882, S. 632 ff; dagegen Jellinek, Staatenverbindungen, S. 42; Rosin, Begriffsstudien, S. 277; Zorn, »Streitfragen des deutschen Staatsrechts« in der Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, Jahrgang 1881, S. 292 ff.

Jellinek, Die Lehre von den Staatenverbindungen, Wien 1882,

mit ihren Ansichten vereinzelt da. Die herrschende Lehre sieht in der Souveränität nach wie vor das entscheidende Merkmal des Staates.³⁰⁾

nam. S. 20 ff, 280 ff., gegen ihn Rosin Begriffsstudien S. 278 ff, Laband Lehrbuch I S. 62.

Meyer, Lehrbuch des Staatsrechts. 4. Aufl. 1895. S. 8 ff.

Laband, Lehrbuch I S. 66 ff., gegen ihn Zorn I S. 82.

Alle diese Unterscheidungen bekämpft Preuss, Gemeinde, Staat und Reich.

Eine genauere Besprechung und Widerlegung ist zur Erkenntnis des Wesens der Gebietshoheit nicht nötig. Hier genügt zur Vervollständigung der Litteraturübersicht eine ganz kurze Skizze der Ansichten und ihrer Schwächen.

Nach Rosin's Ansicht unterscheidet sich der Staat von der Gemeinde dadurch, dass er im Gegensatz zu den lokalen Interessen der Gemeinde nationale Aufgaben realisiert. Aber die eine Gegenüberstellung von Lübeck und einer grossen Provinz genügt zur Anweisung. Brie erkennt den Staat an der prinzipiellen Allseitigkeit des Zwecks. Damit führt er auf Umwegen wieder die Souveränität als Merkmal ein, wie ja auch sein Anhänger Schmidt die Souveränität wenigstens in ihrer negativen Bedeutung als ein »wertvolles Symptom« für die Bestimmung des Staates ansieht.

Andere verlegen den Nachdruck auf das eigene Recht, und zwar ist dieses nach Liebe originäres, nach Jelinek uncontrollierbares Recht. Aber gegen Liebe genügt der Hinweis auf das so oft übertragene und doch stets eigene Eigentumsrecht und auf die doch sicher »eigenen« Hoheitsrechte über ein abgetretenes Gebiet, gegen Jellinek die Erinnerung, dass die Gliedstaaten eines Gesamtstaates gar nicht frei von jeder Controlle sind. — Die Ansicht Meyer's, dass man den Staat an der Befugnis erkenne, gewisse politische Aufgaben nach eigenen Gesetzen zu erfüllen und seine eigene Organisation selbständig zu regeln, scheitert an dem Mangel der Feststellung dieser politischen Aufgaben. Und wenn Laband das eigene Herrschaftsrecht als Kriterium aufstellt, den Gegensatz dazu aber lediglich im »fremden« Recht sieht, so ist der Begriff des eigenen Rechts, wie Zorn sich ausdrückt, »ebenso richtig als wortlos.«

Alle diese Theorien sind durch das Bestreben entstanden, den deutschen Gliedstaaten den Staatscharakter zu retten. Deshalb sind sie einseitig. Wie wenig es übrigens auf den Namen »Staat« ankommt, darüber wird unten im § 9 gesprochen werden.

30) S. v. Gerber, Grundzüge des Staatsrechts, 3. Aufl. 1880 S. 22. — Zachariae, Deutsches Staats- und Bundesrecht, 2. Teil, 2. Auflage, Göttingen 1854, S. 41. — Zorn, Lehrbuch I S. 63. — Zöpfl, Grundsätze des Staatsrechts, Bd. 1, S. 2, 9, 13. — v. Treitschke, »Bund und Reich«

Der Staat herrscht und nur er herrscht.³¹⁾ Die Herrschaft, die er in seinem Gebiet ausübt, ist seine Gebietshoheit.³²⁾

Deren Inhalt ist jetzt ein anderer, als früher. Wenn das Gebiet ein organischer Bestandteil des Staates ist, dann steht es auch nicht zu der beliebigen Disposition der Staatsgewalt, sondern es teilt notwendig die Schicksale des Staates. Und weil der Staat als Organismus jetzt nicht mehr willkürlich von der Staatsgewalt auseinandergerissen werden kann, deshalb sind die Bestimmungen der Ver-

in den Preuss. Jahrbüchern 1874 S. 526. — Gierke, »Grundbegriffe des Staatsrechts« in der Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, Bd. 30 (1874), S. 304. — v. Held, Die Verfassung des deutschen Reiches . . . Leipzig 1872, S. 140 f. — Seydel, Bayer. Staatsrecht I, S. 351 ff. — Gareis, »Allgemeines Staatsrecht« in Marquardsen's Handbuch I, 1, 1883, S. 31.

31) S. Laband Lehrbuch I, S. 63 ff. — Zorn, Staatsrecht I, S. 62 f. — Jellinek, Gesetz und Verordnung S. 190 f. — v. Gerber, Grundzüge S. 220 ff. — Aehnlich Liebe, Staatsrechtliche Streitfragen S. 632. — Dagegen Rosin, Begriffsstudien S. 296 ff.

32) Auch den Gemeinden wird eine gewisse Gebietshoheit zugeschrieben von Rosin, öffentliche Genossenschaft S. 47, Meyer Staatsrecht S. 269; Schulze, Preussisches Staatsrecht II, S. 11; Gierke, Genossenschaftsrecht II, S. 870, und Hänel, Staatsrecht I, S. 803 spricht von einer Landeshoheit der Territorien. Dagegen ist prinzipiell so lange nichts einzuwenden, als man unter Hoheit lediglich die Ueberordnung über Andere mit dementsprechender Bestimmungsbefugnis ohne Ausschluss wiederum einer Unterordnung, also eine relative Herrschaft versteht. Der Unterschied liegt dann nur in der Bedeutung des Wortes Hoheit. Dann ist aber der Inhalt dieser verschiedenen Gebietshoheiten nicht derselbe, sondern jedesmal nach der Machtstellung der Gemeinden verschieden. Den ganzen Inhalt öffentlicher Befugnisse vereinigt in sich nur der unbeschränkte, weil höchste Machtfaktor, der Staat. Dieser ganze Inhalt muss aber betrachtet werden, um eine richtige Auffassung des Begriffs zu ermöglichen. Deshalb wird in dieser Arbeit, die das Wesen der Gebietshoheit feststellen soll, lediglich die Herrschaft des Staates darunter verstanden. Sinnentsprechend kann das Resultat der Untersuchung dann auch auf das Verhältnis der Gemeinden zu ihrem Gebiet angewandt werden; dieses dann ebenfalls eine Herrschaft, eine Gebietshoheit zu nennen, mag freistehen, wenn man sich dabei der darin liegenden Abschwächung des eigentlichen Begriffs dieser Worte bewusst bleibt.

fassungen über Einheit und Unveräusserlichkeit des Staatsgebiets jetzt nicht mehr der Ausfluss politischer Weisheit, sondern die Consequenz eines Rechtsprinzips.³³⁾

Natürlich wechselte nun auch die Auffassung des Verhältnisses zwischen Gebiet und Staatsgewalt. Mit grosser Energie wird immer wieder darauf hingewiesen, dass das Gebiet nicht mehr privatliche, sondern nur noch öffentlichrechtliche Bedeutung für den Staat habe. „Dass die Gebietshoheit ein imperium, kein dominium sei, ist fast zum staatsrechtlichen Gemeinplatz geworden“.³⁴⁾

B. Dogmatischer Teil.

§ 6.

Die privatrechtliche Lehre und deren Kritik.

Die geschichtliche Entwicklung hat den Kampf der privatrechtlichen mit der staatsrechtlichen Anschauung und das allmähliche Vordringen der letzteren gezeigt. Das Resultat war die Auffassung des Staates als Organismus.

So allgemein dieser Gedanke durchgedrungen ist, so wenig herrscht Einigkeit über die Stellung des Gebiets zum Staat. Ein kleiner Teil der Schriftsteller führt den Gedanken des Organismus konsequent weiter und sieht im Gebiet nur den Herrschaftsbereich des Staates. Für die bei weitem meisten Schriftsteller aber, namentlich die Lehrer des Völkerrechts, ist das Gebiet immer noch ein Objekt der Staatsgewalt, zwar kein privatrechtliches, wie nach der

33) Wie dies allmählig durchdrang, s. darüber v. Gerber, Ueber Teilbarkeit deutscher Staatsgebiete in Aegidi's Zeitschrift für deutsches Staatsrecht. Bd. 1 (1867), S. 6 ff.

34) Laband, Lehrbuch I, S. 176, Anm. 1.

Patrimonialtheorie, aber ein staatsrechtliches, insofern die Staatsgewalt zu Zwecken des Staates darüber verfügen kann. Nach ihrer Auffassung ist die Gebietshoheit das Recht der Staatsgewalt an ihrem Gebiet als Objekt und findet im Privatrecht ein Analogon an dem Eigentumsrecht.

Es ist der alte im § 1 skizzierte Gegensatz, der uns entgegentritt: Die rein staatsrechtliche und die rein privatrechtliche Begriffsbestimmung. Denn wenn auch die letzterwähnte Theorie das Privatrecht selbst nicht mehr direkt anwendet, so überträgt sie doch seine Gedanken und Gesichtspunkte auf das öffentliche Leben des Staates. Die Gebilde des öffentlichen Rechts stehen sich aber wie Personen gegenüber, und ihr Gebiet ist als Teil ihrer Persönlichkeit ein Teil des Subjekts. Für eine Objekteigenschaft des Gebiets ist dann kein Raum mehr. Die Annahme einer solchen ist ein Rest der alten privatrechtlichen Anschauung, welche Staat und Staatsgewalt zerreiht. Deshalb ist es berechtigt, die Theorie, welche das Gebiet als Objekt der Staatsgewalt ansieht, immer noch eine privatrechtliche zu nennen und ihr die Anschauung, wonach das Gebiet lediglich Herrschaftsbereich des Staates ist, als rein staatsrechtliche Auffassung gegenüberzustellen.

Der heutige Stand der Lehre von der Gebietshoheit charakterisiert sich als eine Kombination beider Auffassungen. Im allgemeinen herrscht die privatrechtliche Anschauung, sie ist aber mehr oder weniger durch die staatsrechtliche zurückgedrängt, in ihren Konsequenzen durch Folgerungen aus dem staatsrechtlichen Gedanken modifiziert. Inwieweit, das hängt von der Gedankenrichtung des einzelnen Schriftstellers ab und ist deshalb auch bei jedem verschieden. Es soll die Lehre von der Gebietshoheit, wie sie der Anschauung des Gebiets als Objekts der Staatsgewalt zu Grunde liegt, im allgemeinen, abgesehen von den einzelnen Modifikationen, dargestellt und in ihren einzelnen Gedanken auf ihre Stichhaltigkeit der staatsrechtlichen Anschauung

gegenüber geprüft werden. Auf diese Weise ergibt sich dann bei der gebotenen Kritik der einzelnen Gedanken auch die Kritik der Schriftsteller, die gerade diese in ihr System aufgenommen haben.

Man sagt¹⁾: Zu einem Staat gehören Land, Leute und Staatsgewalt; letztere umfasst und beherrscht jene, Land und Leute sind die Objekte der Staatsgewalt. In Bezug auf die Unterthanen heisst diese Personalhoheit, in Bezug auf das Land Territorial- oder Gebietshoheit. Beide Hoheiten sind einander analog, beide finden wieder Analogien im Privatrecht, die Personalhoheit an den familienrechtlichen Gewaltverhältnissen, die Territorialhoheit am sachenrechtlichen Eigentum. Wie der Eigentümer über die ihm gehörige Sache, so kann der Staat über sein Gebiet verfügen, „nur modifiziert sich der Begriff von Herrschaft bei der Verschiedenheit der beherrschten Objekte wesentlich.“²⁾ Das Gebiet steht sonach in einem staatlichen Eigentum, es ist Staatseigentum, oder, weil diese „höchste und exclusive Herrschaft“ namentlich im Völkerrecht zur Geltung kommt, völkerrechtliches Eigentum.³⁾ Demgemäss teilt sich die Staatsgewalt. Aus der Personalhoheit folgen die Rechte gegen die Unterthanen: Treuepflicht, Dienstpflicht, Duldungs- und Unterlassungspflicht,⁴⁾ — aus der Territorialhoheit die Rechte, die sich auf den Grund und Boden beziehen und durch das Gebiet bestimmt werden.

1) Ueber diesen Gedankengang cf. v. Rönne, Staatsrecht der preussischen Monarchie I. S. 147, 148, Gareis, Allgemeines Staatsrecht in Marquardsens Handbuch I, 1, S. 138, 140; Pözl, Av. »Staatsgebiet« im Staatswörterbuch S. 720 f.

2) Hartmann, Institutionen des Völkerrechts, Hannover 1874, S. 155.

3) S. diese Ausdrücke bei v. Rönne a. a. O., S. 144; — Hartmann a. a. O., S. 155; — v. Bulmerineg, Völkerrecht, 2. Aufl., Freiburg 1889 S. 279; — Heffter-Geffcken, Völkerrecht, Berlin 1882, S. 147; — v. Martens-Bergbohm, Völkerrecht, S. 344.

4) S. darüber Gareis a. a. O., S. 140—150.

Die Gebietshoheit bildet eine feste Gruppe innerhalb der ganzen Staatsgewalt und hat einen bestimmten Inhalt materieller Befugnisse. Sie äussert sich entweder positiv oder negativ; positiv in der Befugnis, das Gebiet für die Zwecke des Staates zu verwenden: Daraus folgt der Recht zu expropriieren; Festungen, Eisenbahnen, Wege anzulegen; den Belagerungszustand zu erklären; herrenlose Sachen zu occupieren; — negativ in dem Recht, jede Einwirkung von aussen unschädlich zu machen, zu erschweren oder zu verbieten: Daraus folgt die Unterwerfung der Fremden unter die Staatsgewalt, das Recht auf Fremdenausweisung, Postzwang, Zollerhebung.

Die Gedanken scheinen der Natur der Dinge zu entsprechen: Land und Leute sind gleichmässig Objekte der Staatsgewalt, und beide Hoheiten finden wieder ihre Analogie im Privatrecht. Die zweite Behauptung wird man auch zugeben müssen, wenn man mit der ersten einverstanden ist. Aber diese ist nicht richtig. Das Gebiet unterliegt nicht der Herrschaft des Staates, wie die Unterthanen, sondern es bildet nur die Grundlage und Voraussetzung des Thätigwerdens der Staatsgewalt, die sich nur gegen Personen richtet und nur gegen solche richten kann.

Die privatrechtliche Anschauung gelangt auf ihrem Wege weiterhin zu positiven Resultaten, den sogenannten Ausflüssen der Gebietshoheit. Durch den Nachweis jedoch, dass diese sich lediglich als Herrschaftsrechte gegen Personen qualifizieren, würde die Gleichstellung von Gebiet und Unterthanen widerlegt.

1. Am leichtesten ist dieser Nachweis bei der Erklärung des Belagerungszustandes. Diese Massregel enthält Verwaltungsvorschriften für die Unterthanen, die von den gewöhnlichen eben der ungewöhnlichen Verhältnisse wegen, die sie nötig machen, abweichen. Das Recht zu ihnen folgt aus dem allgemeinen Recht des Staates, den Unterthanen ein den Zwecken des Staates dienliches Verhalten

vorzuschreiben. Der Befehl z. B., nach neun Uhr Abends die Stadtthore zu schliessen, nur in beschränkter Anzahl an öffentlichen Orten sich zu zeigen, der Uebergang der öffentlichen Gewalt in die Hand des militärischen Befehlshabers, das Alles enthält eine Einwirkung auf Personen, die natürlich, wie jede staatliche Lebensthätigkeit, irgendwo örtlich ins Leben treten muss, aber dennoch immer nur gegen Personen gerichtet ist. Sonst könnte man schliesslich jede staatliche Thätigkeit als Einwirkung auf das Gebiet bezeichnen, denn die körperliche Grundlage bildet das Gebiet immer.

2. Weniger selbstverständlich ist unser Gedanke bei der Expropriation. Hier wird thatsächlich ein Stück des Gebiets für die unmittelbaren Zwecke des Staates in Anspruch genommen, die Objektsnatur des Gebietes scheint also deutlich hervorzutreten. Aber dennoch ist auch das nur Schein. In ein rechtliches Verhältnis zu dem enteigneten Teil des Gebiets kommt nur der Fiskus, während der Staat als Inhaber der öffentlichen Gewalt befehlend und zwingend nur mit der Person in Beziehung tritt, der dieser Person abgenommene Teil Land kommt nicht als Gebietsteil in Betracht, sondern lediglich als Privatgrundstück.

Einmal also haben wir es hier mit dem Unterschied zwischen Staat und Fiskus zu thun. Der Staat ist der Inhaber der Befehls- und Zwangsgewalt, die Person des öffentlichen Rechts, der Fiskus ist der Inhaber der staatlichen Vermögensrechte, die Person des Privatrechts. — Von verschiedenen Seiten wird die Berechtigung einer solchen Scheidung betritten.⁵⁾ Man wendet ein, der Staat sei eine einheitliche Persönlichkeit, zu deren Aufgabe ebenso der Abschluss von Privatrechtsgeschäften, wie der Erlass

5) So von Rosin, Begriffsstudien, S. 296 ff, Preuss, Gemeinde, Staat und Reich, S. 114 ff, Bähr, Der Rechtsstaat, S. 54 ff.

öffentlicher Befehle gehöre. Das ist richtig, deshalb darf man aber doch seine Bethätigung auf dem einen Gebiet von der auf dem anderen scheiden. Im öffentlichen Recht tritt er als die herrschende, die übergeordnete Person, im Privatrecht als die vertragschliessende, die gleichberechtigte Person auf. Wenn daher die Natur der staatlichen Herrschaft, der Ueberordnung, erforscht werden soll, darf man nicht Verhältnisse des Privatrechts, der Nebenordnung, heranziehen. Er ist auch im Privatrecht unzweifelhaft Staat, aber nicht der Staat als Herrschaftssubjekt, sondern als ein den physischen Personen gleichgestelltes Privatrechtssubjekt, weil er ein solches nach seiner eigenen Willkür sein will. Deshalb ist es auch berechtigt, den Staat, soweit er sich rechtlich von einem Privatmann nicht unterscheidet, mit dem besonderen Namen Fiskus zu bezeichnen. Damit wird der Staat nicht in zwei verschiedene Begriffe zerteilt, sondern es werden nur zwei verschiedene Seiten seines in sich einheitlichen Wesens, zwei verschiedene Bethätigungen seiner Persönlichkeit, auseinandergehalten. — Für die Frage der Expropriation ist diese Scheidung besonders wichtig. Tritt der Staat zu dem Gebietsteil als öffentlicher Machtfaktor in Beziehung, so kann man von einem Ausfluss der Gebietshoheit reden; wirkt er aber nur als Person des Privatrechts ein, so haben wir lediglich ein privates Rechtsverhältnis ohne staatsrechtliche Bedeutung.

Bedarf nun der Staat für seine öffentlich-rechtlichen Zwecke eines Teils des Grund und Bodens, so kann er ihn sich auf verschiedene Weise verschaffen.

Der einfachste Weg, den er zunächst versuchen wird, ist der Ankauf. Dann geht ein privates Besitztum durch privates Rechtsgeschäft aus der einen Hand in die andere, es kommt also unzweifelhaft nur Fiskus in Betracht. Gelingt ihm der Kauf nicht, dann expropriert er, er entsetzt die Eigentümer ihres Rechts. Damit ist die Sache nicht herrenlos geworden. Denn dann könnte ja Jeder occu-

pieren, schon während des staatlichen Gebrauchs und namentlich nach demselben. Der Staat schliesst aber Privateigentümer aus, an dem Grundstück und dessen Pertinenzen ist Sachbeschädigung, Diebstahl und Unterschlagung möglich, der Staat nutzt die Sache unter Umständen wie ein Eigentümer und überträgt sie weiter wie ein Eigentümer: Er hat also auch in diesem Fall als Fiskus erworben. Sein Recht auf die Sache ist genau so privatrechtlich, wie wenn er sie gekauft hätte, nur dass die Sache in dem einen Fall freiwillig abgetreten, in dem anderen Fall zwangsweise fortgenommen ist. Dieser Zwang ist das einzige staatsrechtliche Element in dem ganzen Vorgang, und er richtet sich gegen Personen als die einzigen Objecte, nicht gegen die Sache. — Ganz deutlich wird dieses Verhältnis, wenn der Staat den Zwang anwendet, um das Privateigentum Anderen zu verschaffen. Dies thut er, wenn er das Interesse von ihm untergeordneten Factoren, wie Gemeinde, Gesellschaft oder selbst Privatmann, zu dem seinigen macht. Er stattet dann mit Expropriationsrechten aus, d. h. er verspricht, Hindernisse, die der entgegengesetzte Wille der dermaligen Eigentümer dem Unternehmen bereitet, nötigenfalls mit Zwang zu beseitigen. Die Enteignung nimmt auch in diesem Fall immer der Staat vor; er ist es, der die an sich unerhebliche Forderung einer Gesellschaft oder eines Privatmannes zum zwingenden Befehle erhebt; als „Fiskus“ bleibt er hier gänzlich ausser Betracht. Hieraus folgt, dass ein rechtliches Verhältnis des Staates zu der Sache selbst bei der Expropriation begrifflich nicht besteht, also auch nicht zu einer Begriffskonstruktion der Expropriation verwendet werden kann.

Ausserdem kommt das entzogene Stück des Grund und Bodens nicht als Teil des Gebiets als solchen, nicht als Stück des Herrschaftsbereiches des Staates in Betracht. Das bleibt es ohne Aenderung nach wie vor, ob A oder

der Fiskus oder nach diesem wieder B oder C Eigentümer sind, es ändert sich mit dem Eigentum nur die privatrechtliche Einwirkungs- und Dispositionsbefugnis. Wir haben es hier lediglich mit einem Grundstück, der unbeweglichen Sache des Privatrechts, zu thun. Grundstücke unterscheiden sich aber in dieser Beziehung durchaus nicht von beweglichen Sachen; man denke z. B. daran, dass Pferde bei einer Mobilmachung den Eigentümern fortgenommen werden, oder dass bei dem Bau einer Strasse der Staat gemäss A. L. R. II, 15 § 18 die Ueberlassung der „dazu nötigen auf der benachbarten Feldflur vorhandenen Materialien“ verlangt. — Vielleicht könnte man einwenden, die Staatsgrundstücke hätten doch eine ganz besondere rechtliche Qualifikation, so bezahlten sie z. B. teilweise keine Steuern. Dies erklärt sich aber lediglich daraus, dass dann der Staat die Steuern an sich selbst zahlen, die Sache also auf eine lediglich rechnerische Operation hinauslaufen würde, die einfacher unterbleibt. Von einer Eigentümerhypothek pflegt man an sich selbst auch keine Zinsen zu zahlen.

Bezüglich unbeweglicher Sachen wird das Expropriationsrecht des Staates namentlich wirksam bei der Anlage von Festungen, Strassen, Eisenbahnen etc.; eine Aeusserung der Staatsgewalt, die hauptsächlich als Beweis für das Bestehen einer besonderen Gebietshoheit angeführt wird. Die Erklärung hierfür ist bereits im vorigen Abschnitt gegeben. Der Staat muss ein privates Recht auf den für Staatszwecke erforderlichen Teil des Grund und Bodens haben oder, falls er es noch nicht hat, erwerben. Ist der Grund und Boden herrenlos, so occupiert er, andernfalls kauft oder enteignet er, um ihn zu seinen Zwecken zu benutzen. Welcher Art dieser Zweck ist, ist hierfür gleichgiltig, es kommt nur darauf an, dass er durch die allgemeine Gesetzgebung oder durch besonderen Akt auf Grund derselben zum Staatszwecke erklärt ist. Jedenfalls tritt die Staatsgewalt nur gegen Personen in Thätigkeit, welche

ihre eigenen Interessen denen der Gesamtheit unterordnen müssen. In rechtliche Beziehung zur Sache tritt nur der Fiskus; die Staatsgewalt als solche ist davon, ob sie in Erfüllung ihrer Aufgaben den Grund und Boden berührt, völlig unabhängig. Ihre Wirksamkeit ist rechtlich immer dieselbe, ob sie eine Eisenbahn betreibt, eine Telegraphenlinie anlegt, Luftballons steigen lässt oder einen Brieftaubenverkehr unterhält.

3. Ebenfalls ein Ausfluss der Gebietshoheit des Staates soll dessen Recht auf herrenlose Sachen sein. Man will es aus dem früheren Gesamteigentum des Staates herleiten⁶⁾ und misst den *adespota* den Charakter des Staatseigentums bei,⁷⁾ der ihre Aneignung ohne Verfügung des Staates verbiete.

Mit der modernen Staatsidee verträgt sich aber eine solche Auffassung nicht. An und für sich besteht ein Recht des Staates auf herrenlose Sachen überhaupt nicht, sondern diese kann jeder occupieren, der Eigentum erwerben kann; wenn der Staat ein Vorzugsrecht hat, so ist das nicht eine Folge seiner Staatsnatur, sondern besonderer gesetzlicher Bestimmungen. Diese haben ihren geschichtlichen Grund zwar in dem alten Obereigentum, juristisch aber sind es wahre Ausnahmebestimmungen.⁸⁾ Deshalb steht dem Staat ein solches Recht nur insofern zu, als er es sich ausdrücklich beigelegt hat, und es entspricht durchaus der Natur der Dinge, wenn ALR II, 16 § 7 betont, dass „herrenlose Sachen, die sich der Staat nicht ausdrücklich

6) Fischer, Lehrbegriff II, S. 382.

7) Klüber, Europäisches Völkerrecht, 2. Aufl., Schaffhausen 1851, S. 558, S. 51, 138, v. Martens-Bergbohm, Völkerrecht, das internationale Recht der civilisierten Nationen, Berlin 1883, S. 344.

8) cf. Pözl, Art.: »Staatsgebiet« im Staatswörterbuch, Bd. IX, S. 723, und Art.: »Herrenlose Sachen« daselbst, Bd. V, S. 134 und Heimbürger, der Erwerb der Gebietshoheit, 1. Teil 1888, S. 29 f.

vorhehalten habe, auch ohne Einwilligung desselben von Privatpersonen in Besitz genommen werden können.“

Solche Bestimmungen überhaupt lassen sich aus dem Gesichtspunkt rechtfertigen, dass, wo Keiner ein besonderes Recht hat, der Staat nach Billigkeit und Nützlichkeit verteilen kann. Nach diesem Kriterium trifft der Staat seine Massnahmen, und zwar nicht nur zu seinen eigenen Gunsten, sondern auch, jetzt wie früher, zu Gunsten Anderer, wie es ihm gut scheint, auf Grund seines allgemeinen Bestimmungsrechts; man braucht nur an das Weichbildrecht der Städte, das Jagdvorrecht der Herren und das Recht der milden Stiftungen auf den erblosen Nachlass ihrer Pfleglinge zu erinnern. Die alleinige Anwartschaft auf den Erwerb kann den Gegenständen eines solchen Vorzugsrechts einen besonderen Charakter, wie als Staatseigentum, nicht verleihen; dann müsste ja mit jeder Aenderung einer solchen Befugnis auch die rechtliche Natur der Sache sich ändern. Manche gehen allerdings so weit, an frei umherschweifenden Tieren ein *dominium transiens* des Staates anzunehmen.⁹⁾ Dementsprechend müsste auch jedem Jagdberechtigten ein *dominium transiens* zustehen, und das aufgescheuchte Wild das *dominium* mitunter mehrmals an einem Tage wechseln. Alle durch derartige besondere gesetzliche Bestimmungen ausgezeichneten Gegenstände sind vollkommen herrenlos, wie andere, sie sind an und für sich okkupierbar, wie andere, nur ist durch Befehl des Staates die Zahl der Okkupanten beschränkt. Staatlich ist dabei einzig und allein dieser Befehl: Du darfst okkupieren, Du nicht — gerichtet an Personen, und das Gebiet bezeichnet den Raum, innerhalb dessen der Staat solche Befehle an Menschen erlassen kann.

9) S. Heffter-Geffcken, Völkerrecht, S. 150, Hartmann, Institutionen, S. 115.

4. Die sogenannten Ausflüsse aus der negativen Seite der Gebietshoheit, die man unter der Bezeichnung „Rechte gegen Fremde“ zusammenfassen kann, enthalten eine Bethätigung der Staatsgewalt dem Ausland gegenüber, man könnte von einer völkerrechtlichen Seite der Gebietshoheit reden. Doch auch sie sind Befugnisse der Staatsgewalt überhaupt, wie alle anderen.

Ihre gemeinsame Bedeutung besteht darin, dass jede fremde Staatsgewalt aus dem Gebiet ausgeschlossen und auch der Angehörige eines fremden Staates, sowie er das Gebiet betritt, der inländischen Staatsgewalt unterworfen wird¹⁰). Wenn diese es für erforderlich hält, in irgend einer Weise den Fremden gegenüber thätig zu werden, so kann sie es thun, und der Grund für ihre Befugnis liegt nicht darin, dass das Gebiet Objekt ihrer Herrschaft ist, sondern darin, dass die Herrschaft über Personen so weit

10) Gar nicht anzuerkennen ist die Ansicht Schmidt's (Der Staat, S. 140 ff.), dass »die Beherrschung der Ausländer lediglich auf eine gegenseitige Rechtsconcession der mit einander in Verkehr tretenden Staaten zurückzuführen ist.« Das Gegenteil ist der Fall, wie die Entwicklung des Fremdenrechts zeigt: Die Beschränkung der an sich schrankenlosen Macht über die Fremden ist eine Concession des Aufnahmestaates.

Der Hinweis auf die Staaten, in denen Konsularjurisdiktion besteht, überzeugt nicht. Diesen wird nicht das so beschränkte Recht der Ausübung der Staatsgewalt in dieser Beschränkung neu verliehen, sondern sie werden umgekehrt gezwungen, sich in der Ausübung der an sich unbeschränkten Staatsgewalt zu beschränken, und sie fügen sich, um überhaupt einen geregelten Verkehr mit den zivilisierten Staaten aufrecht erhalten zu können. Sie gestatten den fremden Konsuln das Thätigwerden auf ihrem Gebiet: »Die Rechtsbasis dieser Aemter beruht demnach in erster Linie auf der in der Annahme liegenden Concession des Staates« (so Zorn, das deutsche Gesandtschafts-, Konsular- und Seerecht, in den Annalen von Hirth und Seydel, Jahrgang 1882, S. 87). Gelangen diese Staaten dann auf eine so hohe Stufe der Civilisation, dass der Heimatsstaat seine Unterthanen unter ihrer Jurisdiction für genügend gesichert hält, so lässt er von seinen Forderungen nach, und ihre Befugnisse erweitern sich dementsprechend von selbst vermöge der Elasticität der nur zurückgedrängten an sich unbeschränkten Staatsgewalt.

reicht, als ihr Gebiet reicht. In ihren Massnahmen ist sie an sich unbeschränkt; wenn die Fremden nicht in jeder Beziehung unterworfen werden, wie die Inländer, so liegt das in ihrer Eigenschaft als Nichtstaatsangehörige. Man darf den Grund dafür nicht in einer Teilung der Staatsgewalt in Personal- und Gebietshoheit sehen und sagen, letztere ergreife Alles, was sich auf dem Gebiet befinde, also auch die Fremden, die Personalhoheit dagegen nur die Angehörigen; die Staatsgewalt ist ein und dieselbe und ergreift jede in ihrem Bereich befindliche Person, nur entsprechend der Verschiedenheit dieser Personen mit verschiedenen Wirkungen.

Deshalb unterliegen die Fremden ihrer besonderen Natur nach der Staatsgewalt teils mehr, teils ebensoweit, teils weniger, als die Einheimischen. Sie unterliegen ihr mehr, insofern sie, eben weil sie „fremd“ sind, sich über ihre Persönlichkeit ausweisen müssen, sich mancherlei Kontrolle zu unterwerfen haben und schliesslich, wenn sie im Inland lästig werden, ausgewiesen werden. Sie unterliegen ihr gleichmässig mit den Unterthanen, insofern sie für die Benutzung der staatlichen Einrichtungen die entsprechenden Gegenleistungen machen. So zahlt der vorübergehend sich Aufhaltende für jede Benutzung einer Staatseinrichtung die dafür festgesetzte Gebühr; der Forense hat als Grundeigentümer die Lasten seines Grundstücks zu tragen, und der sog. „einheimische Ausländer“, der die staatlichen Einrichtungen im Ganzen geniesst, muss dafür in der Regel alle, auch die persönlichen Steuern entrichten. Endlich unterliegt der Fremde der inländischen Staatsgewalt weniger, als der Einheimische, insofern von ihm die speciell staatsbürgerlichen Pflichten, wie Militairdienst, nicht verlangt werden, wofür er auch wieder die speziell staatsbürgerlichen Rechte, wie Wahlrecht, nicht geniesst.

Sobald Jemand das Staatsgebiet betritt, wird er von dem Organismus erfasst, den wir Staat nennen. Nach dieser

seiner Stellung in dem Organismus richtet sich dessen Verhältnis zu ihm. Verweilt er nur vorübergehend darin, so beschränkt sich die Staatsgewalt im wesentlichen auf Verhütung von Störungen; der Forense dagegen und noch mehr der „einheimische Ausländer“ stehen im wirthschaftlichen Organismus und haben diesen mit zu unterhalten; die Staatsangehörigen im Rechtssinn bilden daneben noch den staatlichen Organismus; der Staatsangehörige im Auslande, der nur an letzterem teilnimmt, hat nur die staatsbürgerlichen Rechte und Pflichten. In diesen grossen Gruppen giebt es wieder Unterabteilungen nach Vermögen, Rang, Stand oder sonstiger Bedeutung für den Staat. Die Leistungen an den Organismus und die Leistungen des Organismus bedingen sich gegenseitig und stehen im proportionalen Verhältnis zu einander. So haben wir nicht nur zwei Gruppen, Fremde und Einheimische, sondern viele Gruppen, zu immer intensiverer Bethätigung in dem Organismus aufsteigend. Die verschiedene Behandlung der verschiedenen Gruppen ist eine Folge der gerechten Organisation. Die Bedeutung des Menschen für den Organismus ist das durchgreifende Prinzip für die Reaktion des Organismus gegen ihn, die Bedeutung der Fremden das Prinzip für ihre Behandlung. Sonach gilt ein Prinzip für die Behandlung der Fremden und Einheimischen, es ist eine Gewalt, der Wille des Organismus, der Beide unterworfen sind, die unnatürliche Zerreissung in zwei stofflich gesonderte Hoheiten ist überwunden.

§ 7.

Die staatsrechtliche Lehre und deren Kritik. Das Resultat.

Der im § 6 eingeschlagene Gedankengang ist den Schriftstellern geläufig, die prinzipiell der staatsrechtlichen Auffassung huldigen. Dass die sog. Ausflüsse der Gebietshoheit nur Akte der Staatsgewalt an und für sich sind,

wird im Allgemeinen zugestanden, wenigstens mehr oder weniger. Rosin und Seydel¹⁾ wollen nur die Wirkungen der Gebietshoheit nach innen als Akte der allgemeinen Staatsgewalt anerkennen, die nach aussen dagegen aus einer speziellen Gebietshoheit herleiten. Laband aber und Gerber, sowie Andere geben zu,²⁾ dass man die Gebietshoheit nicht mit eigentümlichen Befugnissen ausstatten dürfe, dass sie vielmehr die unbeschränkte Staatsgewalt selbst sei. Als mustergültig wird immer Gerber's Ausspruch³⁾ zitiert: „Es würde unrichtig sein, den Begriff der Gebietshoheit mit einem eigentümlichen materiellen Inhalt ausstatten und etwa durch einzelne Massregeln bestimmen zu wollen, die den Grund und Boden zum praktischen Objekt haben, wie die Anlegung von Strassen, Verfügung über öffentliche Gewässer, die Aufstellung von Regalien, oder durch Massregeln, welche sich auf die Einteilung des Staates in Kreise und Provinzen, oder auf die Behandlung Fremder im Staatsgebiet beziehen. Denn alles dies sind nicht Ausflüsse der Gebietshoheit, sondern Akte der Staatsgewalt selbst, für deren Charakteristik die zufällige Berührung mit Verhältnissen der Oertlichkeit nicht entscheidend ist.“ Und Laband⁴⁾ fügt hinzu: „Dass die Gebietshoheit innerhalb eines bestimmten Gebietes ausgeübt wird, ist eine Eigenschaft derselben und nicht ein Teil ihres Inhalts.“

Ist man erst so weit gegangen, so scheint auch die letzte Konsequenz unabwendbar, nämlich der Schluss, dass

1) Rosin, Recht der öffentlichen Genossenschaft, S. 46 f; — Seydel, Bayrisches Staatsrecht I, S. 517; Letzterer wird durch seine in § 5 erwähnten Auffassung, wonach der Staat Objekt der Staatsgewalt ist, gehindert, den für die Wirkung der Gebietshoheit nach innen richtig erfassten Gedanken auch auf deren Bedeutung nach aussen zu übertragen.

2) v. Gerber, Grundzüge des Staatsrechts, 3. Aufl. 1888, § 22, S. 67; — Laband, Lehrbuch I, S. 174, Zorn, Staatsrecht I, S. 99 ff.

3) Gerber, a. a. O., S. 67.

4) Laband, a. a. O., S. 174.

das Gebiet überhaupt nicht Objekt der Staatsgewalt ist. Die Schriftsteller haben sich denn auch diese Frage vorgelegt, die notwendige Schlussfolgerung aber haben nur die wenigsten gezogen.⁵⁾ Das Gebiet soll trotz alledem Objekt der Staatsgewalt sein, die Staatsgewalt ein Recht an diesem Gebiet haben.⁶⁾ Aehnlich der alten Obereigentumstheorie, gebraucht man jetzt wiederum den Ausdruck „staatsrechtliches Sachenrecht“⁷⁾. Wie dieses Recht aber beschaffen sei, darüber ist man wieder uneinig. Während Laband und Seydel dasselbe analog dem Eigentumsrecht annehmen, sprechen Gerber und Bornhak ihm auch die geringste Verwandtschaft mit dem Privatrecht ab. Diese Uneinigkeit ist eine notwendige Folge des inneren Widerspruches. Und man hat dies wohl auch selbst gefühlt. So sagt Laband: „Wenn unter Gebietshoheit die Ausübung der Staatsgewalt in einem Gebiet zu verstehen ist, so kann sie nicht als ein Recht an dem Gebiet definiert werden.“ „Dessenungeachtet muss man annehmen“ fährt er fort. Einer logischen Notwendigkeit gegenüber giebt es aber kein „dessenungeachtet“. Die absolute Durchführung des von Laband selbst angeregten Gedankens ist die einzige Möglichkeit, zu einem einheitlichen Resultat zu kommen. Ein derartiges „staatsrechtliches Sachenrecht“ ist auch nicht zu konstruieren. Sein Inhalt könnte doch nur der sein, dass der Staat auf dem Gebiet und mit Teilen desselben

5) So schliessen nur v. Holtzendorff, Encyclopädie, S. 1077, namentlich aber Meyer, Lehrbuch, S. 178, Fricker, Vom Staatsgebiet, Rede, Tübingen, 1867; — nicht ausdrücklich, doch ziemlich deutlich, Brockhaus im Rechtslexikon II, S. 622.

6) So Laband Lehrbuch, I, S. 174 und in Marquardsen's Handbuch, II, S. 28; — Seydel, Bayrisches Staatsrecht, I, S. 516 f; — v. Gerber, Grundzüge S. 66 f; — Bornhak, Preussisches Staatsrecht, Freiburg 1888, S. 223 f.

7) Gegen diese Bezeichnung Fricker a. a. O. S. 7 und 8; Rosin, Recht der öffentlichen Genossenschaft S. 46; Zorn, Staatsrecht I, S. 100, Anm. 94.

gewisse Handlungen vornehmen kann. Oben ist jedoch bereits gezeigt, dass dieses Recht des Staates durch die Bedeutung des Gebiets als des Herrschaftsbereiches des Staates und demgemäss als Recht gegen die auf dem Gebiet befindlichen Personen erklärt werden muss; zu einer vollständigen Widerlegung fehlt nur noch der Nachweis, dass die andere Erklärung: Konstruktion des Gebiets als Objekts der Staatsgewalt, unmöglich ist.

Objekt ist Gegenstand der Einwirkung; das Gebiet soll also Gegenstand staatlicher Einwirkung sein. Der Staat beherrscht das Gebiet, er verwendet es für seine Zwecke, das Gebiet trägt ihn körperlich. Dass die erstgenannten Funktionen des Gebiets nicht durch eine Objektsnatur desselben bedingt sind, ist oben gezeigt; zu betrachten ist nur noch das Gebiet als körperlicher Träger des Staates. Es trägt im Staat die Personen mit den ihnen gehörigen Sachen und Staatsanstalten;⁸⁾ es hat einen privatim benutzten und einen öffentlich benutzten Teil. Letzterer erreicht ersteren durchaus nicht an Umfang; schon hieraus könnte man Bedenken entnehmen, ihn als bestimmend für die Natur des Gebiets anzusehen. Dieser letztere Teil wird aber auch, wie gezeigt, privatrechtlich besessen, und zwar vom Staat, der als Eigentümer, als Fiskus, sich hierfür in die Reihe der Privatpersonen stellt. Endlich und hauptsächlich denkt man, wenn man vom Gebiet spricht, doch nicht an die einzelnen Stücke, die unter die Privatrechtssubjekte, zu welchen auch der Staat gehört, verteilt sind, sondern man denkt sich das Gebiet einheitlich, als einen in seiner Gesamtheit für die Staatsgewalt wichtigen Gegenstand, bei dem die privaten Rechtsverhältnisse irrelevant sind. Nur die Funktionen des Gebiets als eines Ganzen können für seine rechtliche Stellung zum Staat bestimmend sein; zerpfücken wir es in einzelne Teile, so hat das Ge-

8) Fricker, Vom Staatsgebiet, S. 15.

biet aufgehört, und wir haben Grundstücke, Gegenstände des Privatrechts. Deshalb ist auch der Einwand Laband's⁹⁾ nicht durchgreifend, dass „auch an unbewohnten Stücken der Erdoberfläche Gebietshoheit bestehen und Wirkungen äussern könne, woraus sich ergebe, dass das Gebiet Objekt eines selbständigen Rechts des Staates“ sei. Das Gebiet hat für den Staat nur unmittelbar Bedeutung als Herrschaftsbereich und nicht mittelbar als Komplex der den Unterthanen unterworfenen Grundstücke. Ob es bewohnt oder bebaut ist in allen seinen Teilen, ob es einen Privateigentümer hat oder nicht, ist vollständig gleichgiltig.

Hiermit ist auch der Schlüssel zu der Frage gewonnen, welche Stellung denn nun das Gebiet dem Staat gegenüber einnimmt. Wenn das Gebiet nur als Ganzes in Betracht kommt, so ist seine bestimmende Funktion die als Herrschaftsbereich des Staates, es bezeichnet die Ausdehnung des staatlichen Willens.¹⁰⁾ Jeder Staat bedarf aber eines bestimmten Herrschaftsbereichs, der Begrenzung auf ein bestimmtes Gebiet; ohne ein Gebiet ist eine Durchführung der staatlichen Aufgaben, ist überhaupt ein Staat undenkbar. Die Folge wäre nicht das Nebeneinanderbestehen verschiedener Staatsgewalten auf demselben Gebiet, sondern das Aufhören jeder Staatsgewalt, die Anarchie.¹¹⁾ Die Ausschliesslichkeit ist somit eine notwendige Eigenschaft des Staates, das Gebiet als Voraussetzung und Merkmal der Ausschliesslichkeit somit ein Moment im Wesen des Staates.¹²⁾ Dann kann es aber nicht zugleich Objekt, Gegenstand des Rechts der Staatsgewalt sein, die staatsrechtliche Anschauung ist damit rein durchgeführt.

Hier wird eingewendet:¹³⁾ Nicht das Gebiet, sondern

9) Laband, Lehrbuch, I, S. 175.

10) v. Holtzendorff, Encyclopädie, S. 1077.

11) Ueber Staatsservituten siehe unten § 10.

12) Fricker a. a. O. S. 17.

13) v. Gerber, Grundzüge S. 67.

das Recht am Gebiet ist ein Moment im Wesen des Staates; aus diesem Recht folgt die Ausschliesslichkeit. Ist es aber richtig, dass alle Konsequenzen dieses sogen. Rechts, wie dargelegt, entweder fiskalische Privatrechte oder, soweit sie öffentliche Rechte sind, Rechte des Staates gegen Personen sind, für welche die Funktion des Gebietes als Herrschaftsbereich die Voraussetzung bildet, so kann jener Gerber'sche Satz als richtig nicht anerkannt werden. Ein Recht am Gebiet ist, das soll jetzt gezeigt werden, überhaupt begrifflich unmöglich.

Der Staat ist Persönlichkeit, zwar eine solche des Rechts, aber doch einer physischen Person ähnlich. Schon der Begriff des Organismus, der Persönlichkeit, ist dem physischen Leben entnommen und wäre unverständlich, wenn nicht Jedermann aus diesem, bewusst oder unbewusst, die physische Person als Analogie heranzöge. Deshalb kann man wohl auch, wo die Aehnlichkeit besonders auffallend ist, gewisse für den physischen Organismus anerkannte Grundsätze bei der Betrachtung des staatlichen Organismus analog verwenden. Natürlich, wie bei allen solchen Analogieen, cum grano salis und ohne die Uebertreibungen der anthropomorphischen Staatslehre.¹⁴⁾ Aber „die bildliche Verwertung des Begriffs Organismus, insofern sie überhaupt berechtigt ist, kann sich auch an den menschlichen Organismus anlehnen, in welchem ohnedies der Dualismus zwischen Geist und Körper gar manche anderweite Analogieen bietet.“¹⁵⁾ Eine solche zwischen dem menschlichen Körper und dem Gebiet drängt sich dem Beobachter förmlich auf. Nur Wenige¹⁶⁾ erwähnen sie ausdrücklich, Viele aber legen sie, bewusst oder unbewusst,

14) S. dar. Preuss. a. a. O. S. 139.

15) v. Gerber, Grundzüge S. 225, 226. Anm. 1.

16) Zuerst wohl H. Grob^{ius} de jure belli ac pacis lib. II, cap. VI, § 4; neuerdings Stein, Verwaltungslehre I, 1, S. 13; Grotefend, Staatsrecht S. 7.

zu Grunde, und der Staatskörper, in dem ein Staatswille lebt, ist auch im gewöhnlichen Leben ein sehr gebräuchliches Bild.

Und ein sehr richtiges Bild. Wie der menschliche Körper die Stätte des menschlichen Lebens ist, jeder Teil dieser Körpers von diesem Leben erfüllt und von ihm zeugend, so ist das Gebiet die Hülle und jeder Teil des Gebiets Stätte des staatlichen Lebens. Nun steht der Mensch mit seinem Körper nicht in rechtlicher, sondern in organischer, natürlicher Verbindung. Beide sind aber in Hinsicht auf den Grund und Charakter des Zusammenhangs Gegensätze. Die rechtliche Verbindung setzt das gesonderte Nebeneinanderbestehen voraus, die organische schliesst dies gerade aus. Die rechtliche Verbindung ist etwas Künstliches, Gemachtes, die organische etwas Natürliches, Gewordenes. Das Recht ist für die rechtliche Verbindung der Grund, das Primäre, für die organische dagegen nur etwas Sekundäres, der Schutz. Ein Angriff auf den menschlichen Körper ist deshalb nicht ein Eingriff in ein Recht, sondern ein solcher in das Leben, eine Beeinträchtigung des ganzen Menschen. Ein Messerstich ist keine Sachbeschädigung, das Abschneiden eines Gliedes, eines Zopfes kein Diebstahl, sondern eine Körperverletzung. Es giebt kein Recht des Menschen an seinem Körper, weil ein organischer Bestandteil des Subjekts nicht Objekt eben dieses Subjekts sein kann; es ist lediglich der Anspruch auf ungestörtes Sein und Leben, das von Anfang der Welt an bestanden hat, das kein Gesetzgeber geben und keiner nehmen kann.¹⁷⁾ Dass es staatlich geschützt wird, ist eine Folge der menschlichen Unvollkommenheit und Gewaltthätigkeit und nicht die Voraussetzung seines Bestandes.

17) Dass es die Sklaven nicht besessen haben, hat seinen Grund darin, dass sie rechtlich nicht als Personen, sondern als Sachen behandelt wurden.

Ebenso ist das Gebiet Körper des Staates, der Staat also nicht Inhaber eines Rechtes an ihm. Mit einiger Berechtigung scheint man ihm ein solches noch im Völkerrecht zuschreiben zu können. Die Staaten scheinen miteinander zu verkehren, wie die Menschen im Privatrecht,¹⁸⁾ sie nehmen Gebiet und sie treten es ab, sie gestatten Einwirkung und sie halten sie fern, kurz, sie scheinen ihr Gebiet zu behandeln, wie der Eigentümer seine Sache, sie scheinen ein Recht an diesem Gebiet zu haben. Aber das ist nur Schein. Sie stehen sich gegenüber, wie die Menschen, aber individualisiert in ihrem Gebiet, sie besitzen nicht das Gebiet, sondern sie sind das belebte Gebiet, ihre Gebiete verhalten sich zu einander, wie die Körper der Menschen. Eine Einwirkung auf das Gebiet ist eine solche auf den Staat; der Staat kann sie gestatten oder verbieten, nicht infolge eines besonderen Bestimmungsrechts über das Gebiet, sondern infolge seiner Selbstbestimmungsbefugnis. Wenn er eine Verletzung seines Gebiets gestattet, so übt er dasselbe „Recht“ aus, wie ein Mensch, der sich freiwillig prügeln lässt; nicht nur der Körper wird geprügelt, sondern der Mensch, nicht nur das Gebiet wird verletzt, sondern der Staat. Wenn er Gebiet abtritt, giebt er nicht ein Objekt her, sondern einen Teil seiner selbst, er amputiert sich ein Glied, ohne das er vielleicht ganz gut weiter leben kann, aber als ein anderer, wie ein Mensch nach Verlust eines Beines ein anderer geworden ist. So beruht der Zusammenhang zwischen Staat und Gebiet nicht auf einem Recht, sondern auf einem Naturgesetz für das Leben der Staaten; ohne Gebiet kein Staat, ein Angriff auf das Gebiet ein Angriff auf den Staat, Veränderung des Gebiets Veränderung des Staates. Das Gebiet ist der Staat selbst in seiner räumlichen Erscheinung; von einem besonderen Recht am Gebiet kann deshalb nicht gesprochen werden.

18) Vgl. K. S. Zachariae, »Vierzig Bücher vom Staate« Bd. 5, S. 42; — Fricker a. a. O., S. 6.

Das Resultat ist ein vollständiger Sieg der staatsrechtlichen Anschauung; die letzten Reste der privatrechtlichen Theorie sind ausgeschieden. Das Gebiet ist in keiner Beziehung Objekt, sondern es ist die Voraussetzung für die Ausübung der staatlichen Herrschaft, es ist der Herrschaftsbereich des Staates.¹⁹⁾ Der Inhalt der sogenannten Gebietshoheit ist der Inhalt der Staatsgewalt, allumfassend, wie diese. Es ist deshalb der Begriff der Gebietshoheit gar nicht nötig. Um aber ein positives Ergebnis zu erzielen, das der gebräuchlichen Formel gegenübergestellt werden kann, ist ein Ausdruck zu suchen, der einerseits die Bedeutung des Gebiets für den Staat ausdrückt, andererseits die Einheit zwischen Gebietshoheit und Staatsgewalt betont. Nur die Form kann zweifelhaft sein, der Gedanke ist festgestellt: Gebietshoheit ist die Eigenschaft des Staates, auf seinem Gebiet Staat zu sein, d. h. die Staatsgewalt ausüben zu dürfen.²⁰⁾

§ 8.

Die Theorien von Fricker und Preuss.

I. Die Auffassung des Gebietes als des Herrschaftsbereiches des Staates hat ihre erste scharfe Formulierung in der gedankenreichen Abhandlung Fricker's „Vom Staatsgebiet“, Tübingen 1867, gefunden. Seine Gedanken sind in der staatsrechtlichen Theorie verwertet und ihre consequente Durchführung ist die Aufgabe dieser Arbeit. Trotzdem muss ihm in zwei Punkten widersprochen werden.

19) Vgl. Grotefend, Staatsrecht S. 303, 304; — Hänel, Deutsches Staatsrecht, Bd. I, 1892, S. 108; v. Sarwey, Württembergisches Staatsrecht, Tübingen 1883, II. 49; — Zorn, Staatsrecht, I. S. 100.

20) Dann muss auch die bisher übliche Anordnung in den Lehrbüchern geändert werden. Es ist eine dogmatisch unrichtige Koncession an den alten Gebrauch, wenn z. B. Zorn trotz der Versicherung, dass für die Gebietshoheit die nämlichen Grundsätze gelten, wie für die Staatsgewalt überhaupt (Staatsrecht S. 100), später (S. 104 ff) gewisse Befugnisse der Reichsgewalt als Ausflüsse der dem Reich zustehenden Gebietshoheit aufführt.

So sagt er, das Gebiet sei überhaupt keine Sache¹⁾. Man muss die rechtliche Bedeutung des Ausdrucks „Sache“ von der physischen unterscheiden. Rechtlich ist das Gebiet keine Sache, weil das dazu nötige Recht eines Subjekts an dem Gebiet als Objekt nach den vorhergegangenen Erörterungen nicht vorhanden ist. Physisch aber ist es doch unzweifelhaft eine Sache; es ist nicht nur der Begriff eines auf der Erdoberfläche abgesteckten Raumes, wie es Fricker in zu weit gehender Abstraktion auffasst, sondern der innerhalb dieser Grenzen liegende Grund und Boden selbst. Er trägt den Staat. Fricker sagt zwar, der Boden trüge nur die Menschen, denn der Staat selbst sei im Verhältnis zu ihnen nicht etwas zweites Körperliches, sondern lediglich die Menschen selbst in ihrer rechtlichen Organisation. Eben deshalb aber trägt das Gebiet in den Menschen auch den Staat. Sonst müsste man den Staat auch lediglich als einen Begriff, als die abstracte Organisation auffassen. So lange man in ihm aber, wie auch Fricker selbst, die Menschen in ihrer Organisation sieht, so lange ist er auch etwas Körperliches und bedarf eines körperlichen Substrates, des Gebiets. Der menschliche Körper ist ebenfalls rechtlich keine Sache, jedoch unzweifelhaft physisch eine Sache.

In Folge dieser Verflüchtigung des Gebiets in einen Gedanken ist die weitere Fricker'sche Ansicht entstanden²⁾, ein Staat sei auch überall da vorhanden, wo die nomadische Herde ihre Zelte aufschlüge. Dagegen ist der organische Zusammenhang zwischen Gebiet und Staat zu betonen. Es genügt zum Staat nicht lediglich eine örtliche Organisation von Menschen, sondern es muss das Gebiet ein Teil dieser Organisation sein. Dieses ist dann der Fall, wenn ein Teil der Erdoberfläche in der ausschliesslichen Beherrschung

1) Fricker a. a. O. S. 17. Dagegen Seydel, Staatsrecht I, S. 517, Anm. 3. Zorn, Staatsrecht I, S. 99, Anm. 92.

2) Fricker, S. 24, 25.

eines Volkes steht und die Beherrschung gerade dieses Teils von dem Volke als Grundlage und Voraussetzung ihres gemeinschaftlichen Lebens gefühlt wird.

Danach kann ein Nomadenstaat wohl ein Staatsgebiet haben, nämlich wenn er einen bestimmten Landstrich für sich in Anspruch nimmt und zu behaupten weiss. Innerhalb dieses Landstrichs kann er umherziehen. Ob er das Land den einzelnen Stammesgenossen zur Benutzung aufteilt oder es selbst in gemeinschaftliche Benutzung nimmt, ob diese Ausnutzung durch Ackerbau oder Viehzucht betrieben wird, ist eine Frage der Kultur und der Bevölkerungsdichtigkeit. Bei der gemeinschaftlichen Benutzung durch Viehzucht ist er genötigt, seinen Aufenthalt zu verändern, er geht der besseren Weide nach. Es wird auch in derartigen Verhältnissen der Vorkultur als Verletzung empfunden, wenn ein Stamm die Weideplätze des anderen bezieht oder in seine Jagdgründe einfällt.

In einem solchen Fall ist das Gebiet vorhanden und bleibt stets dasselbe, nur der Aufenthalt der Menschen wechselt. Anders ist es, wenn eine Horde ziellos umherzieht, wenn sie es gar nicht beabsichtigt und auch gar nicht dazu kommt, einen Streifen Landes zur dauernden Beherrschung zu besetzen. Dann wechselt sie nicht immer das Gebiet, sondern sie hat gar keines.

Die Grenze wird im einzelnen Fall schwer zu ziehen sein, begrifflich ist sie aber vorhanden. Sonst könnte jeder einigermaßen straff organisierte Menschenhaufe, wie zuweilen Karawanen, Expeditionen, für einen Staat angesehen werden.

Wenn ein Volk sein Staatsgebiet verlässt, so hat es aufgehört, ein Staat zu sein, und wird es erst wieder, wenn es sich auf einem anderen Gebiet fest niedergelassen hat. Verlässt es auch dieses Gebiet wieder, so wiederholt sich die Erscheinung. Wie lange ein Volk auf einem bestimmten Landstrich wohnen muss, um dieses zu einem Gebiet,

sich selbst zu einem Staat zu machen, lässt sich nicht allgemein bestimmen, jedenfalls darf das Besetzen des Gebiets nicht von vornherein einen vorübergehenden Charakter tragen, sondern muss zu längerer Dauer eingerichtet und geeignet sein. Dass es trotzdem bald wieder aufgegeben wird, kann an dem einmal begründeten Gebiets- und Staatscharakter nichts ändern. Deshalb sind die Stämme in der Völkerwanderung teils Staaten gewesen, teils nicht, je nachdem sie auf dem Landstrich, den sie jeweilig inne hatten, sich dauernd eingerichtet hatten oder nicht. Ein Seeräuberhaufen in seinem Schlupfwinkel ist an sich kein Staat, er kann sich aber zu einem Staat, dessen Angehörige vornehmlich von Seeraub leben, konsolidieren.

Dass das Gebiet Festland ist, ist begrifflich nicht nötig, sondern denkbar ist auch, dass der beherrschte Teil der Erdoberfläche eine Wasserfläche ist; thatsächlich wird aber eine solche Konsolidierung auf dem Wasser nicht möglich sein.

II. Eine besondere Betrachtung verdient eine Theorie, die auf einer anderen Grundanschauung beruht und deshalb von den obigen Erörterungen nicht vollständig mitgetroffen wird. Es ist die Konstruktion, welche Preuss in seiner schon mehrfach zitierten Schrift: „Gemeinde, Staat und Reich als Gebietskörperschaften“, Berlin 1889, giebt. Er versteht unter Gebietshoheit, die ihm das Kriterium des Staates ist, dessen Fähigkeit, sich selbst wesentlich zu verändern.³⁾

Zu diesem Resultat gelangt er auf einem ganz neuen Wege, indem er die Grundlagen der bisherigen Staatsauffassung negiert. Er sieht deren Fehler in dem Begriff der Souveränität, die kein Rechtsbegriff sei, sondern gerade die Losgelöstheit von allem Recht bedeute⁴⁾ und deshalb den Staat ausserhalb des Rechts stelle. Die Folge sei die

3) Daselbst S. 406.

4) Das. S. 111 ff.

absolute Gegenüberstellung von Staat und Unterthan, die absolute Negierung eines öffentlichen Rechts. Das Volk werde dadurch atomisiert, rechtsfähig sei nur das Individuum des Privatrechts.

Eine solche Losgelöstheit von allem Recht habe nun zwar für den Bodin'schen Staat gepasst, aber nicht für den heutigen Rechtsstaat, in welchem das Band, das seine Teile zur einer höheren Einheit umschliesse, ein Rechtsband sei.⁵⁾ Es müsse deshalb der absolute Staatsbegriff durch den organischen ersetzt werden. Das Mittel hierzu gebe der deutsche Personenbegriff, welcher auch organisierte Vielheiten als Personen kenne und dadurch die privatrechtliche Identität von Individuum und Person überwinde.⁶⁾

So sei Person nunmehr jede psychische Einheit, welche Trägerin einer vom Recht normierten Willenssphäre sei.⁷⁾ Solcher Organismen gebe es eine grosse Zahl,⁸⁾ über und nebeneinander, die niederen immer von dem nächsthöheren umfasst und in diesem den weiteren Verbänden eingegliedert, bis schliesslich die Staaten sich in der Völkerrechtsgemeinschaft zusammenfänden. So sei der Staat weiter nichts, als ein Glied in der langen Kette der Gesamtpersönlichkeiten. Sobald sich nun eine solche Personenvielheit mit einem Gebiet organisch verbunden habe, sei eine Gebietskörperschaft entstanden. Solche seien die Gemeinden, Kreise, Provinzen, die Gliedstaaten und das Reich.⁹⁾ Eine Verschiedenheit zwischen ihnen bestehe nur in der Verschiedenheit ihrer Eingliederung;¹⁰⁾ ihr Recht am Gebiet sei gleichmässig lediglich das Recht, Gebietskörperschaft zu sein. Die Gebietshoheit in ihrer

5) Das. S. 214.

6) Das. S. 161.

7) Das. S. 160.

8) Das. S. 167 ff.

9) Das. S. 366—383.

10) Das. S. 393.

alten Bedeutung als Recht am Gebiet sei überwunden, und sie bedeute nunmehr die Fähigkeit, in dem Gebiet sich selbst zu verändern.¹¹⁾ Eine Gebietskörperschaft, welche eine solche Gebietshoheit habe, sei ein Staat;¹²⁾ somit seien auch Reich und Einzelstaat beide wirkliche Staaten, da sie ohne ihren Willen nicht verändert werden könnten.

Diese, wie sie Preuss selbst nennt, „Konstruktion auf Grundlage der Genossenschaftstheorie“ bietet eine Fülle von Anregung; sie scheint in vielen Punkten das Richtige zu treffen, in anderen aber zu weit zu gehen.

Es ist Preuss durchaus beizustimmen, wenn er den Staat als Organismus, als Persönlichkeit auffasst, und ebenso auch, wenn er in den untergeordneten Verbänden, wie Gemeinden, Provinzen etc. ebenfalls schon Organismen, Persönlichkeiten, „politische Gemeinwesen“¹³⁾ sieht; es entspricht vollständig der oben vertretenen Auffassung, wenn er in diesen Organismen Genossenschaft und Gebiet sich organisch durchdringen lässt, solche Persönlichkeiten Gebietskörperschaften nennt und bei ihnen eine besondere Gebietshoheit als Recht am Gebiet verneint; endlich ist es sehr richtig, wenn Preuss das Verhältnis des niederen zum höheren Organismus als Eingliederung bezeichnet und die hierdurch entstehende innere Struktur als das Recht solcher Organismen auffasst.

Darüber hinaus ist ihm aber nicht zu folgen. Weder scheinen seine Gründe gegen die Annahme einer Souveränität des Staates stichhaltig, noch ist durch die Aufstellung seines Begriffes etwas gewonnen. Es mag zuerst der letztere Punkt kurz betrachtet werden.

11) S. 397, 406.

12) S. 406 ff.

13) Diese Bezeichnung auch bei Rosin. Recht der öffentlichen Genossenschaft, S. 43; Derselbe kritische Begriffsstudien, S. 309, No. 1; Meyer, staatsrechtliche Erörterungen über die deutsche Reichsverfassung, 1872, S. 8.

Die Aufstellung der Preuss'schen Gebietshoheit ist einmal logisch überflüssig. Das Recht eines Staates, sich selbst wesentlich zu verändern, folgt aus seiner allgemeinen Selbstbestimmung, der Staatsgewalt, der gegenüber die Gebietshoheit nichts Anderes, Besonderes, sondern nur eine Art ihrer Bethätigung bezeichnet. Man erweckt durch ihre Ausscheidung leicht den Anschein, gegen den sich Preuss ausdrücklich verwahrt, als ob man das Recht zur Veränderung aus einem Recht am Gebiet folgere. — Dann ist der Begriff auch praktisch unbrauchbar. Der Weg, auf welchem Preuss zur Annahme dieser Bethätigungsart der Staatsgewalt bei Reich und Gliedstaat und deshalb zu der Annahme ihrer Staatsnatur gelangt, ist unrichtig.

Er stützt sich auf die Grundsätze — deren Richtigkeit hier noch nicht in Betracht kommt¹⁴⁾ —, dass sich der Einzelstaat verändern könne, wenn das Reichsgebiet, und das Reich, wenn das Gebiet der Einzelstaaten nicht dadurch berührt werde, sonst aber Beide zusammenwirken müssten. Hieraus schliesst er, dass es immer sowohl auf den Willen des Reiches, als auch der Gliedstaaten ankomme, beide sich also selbständig veränderten, demnach Staaten seien. Dass sie in den Fällen des Zusammenwirkens thatsächlich von einander abhängig sind, findet Preuss¹⁵⁾ selbstverständlich und erklärt es aus dem Eingliederungsverhältnis; damit aber giebt er nur den politischen Grund dieser Abhängigkeit und nicht ihre juristische Bedeutung. In allen Fällen, in denen Zwei zusammenwirken müssen, kann man nicht von dem selbständigen Vorgehen des Einzelnen sprechen; es sind eben Beide beschränkt. Dass das Reich Gebiet der Gliedstaaten nicht ohne deren Einwilligung abtreten darf, kann man zwar mit Preuss für die Gebietshoheit der Einzelstaaten, ebenso aber auch gegen die Gebietshoheit

14) S. darüber unten § 9.

15) Das. S. 412.

des Reiches anführen. Ebenso lässt sich aus der Notwendigkeit einer Zustimmung des Reichs bei Gebietsabtretung eines Gliedstaates an einen fremden Staat für die Gebietshoheit des Reichs, aber auch gegen die Gebietshoheit der Gliedstaaten argumentieren. So spricht in diesen Fällen immer, was sich für den Gliedstaat anführen lässt, gegen das Reich und umgekehrt. Mit demselben Recht hätte gefolgert werden können, dass dem Reich oder den Gliedstaaten oder Beiden die Gebietshoheit fehlt. Die Frage, wer nun eigentlich seine Gebietshoheit hat, hat Preuss nicht gelöst.

Die Besprechung des zweiten Differenz-Punktes mit Preuss, ob es eine Souveränität des Staates gebe oder nicht, führt uns in Gebiete, die mit der Frage des Wesens der Gebietshoheit in keinem direkten Zusammenhang stehen. Eine Auseinandersetzung mit Preuss hierüber ist aber nicht zu entbehren. Denn wenn es auch schliesslich nur ein Wortstreit ist, ob man ein nicht souveränes Gemeinwesen Staat nennt oder nicht (vgl. § 9 Anm. 16), das Leugnen einer Staatssouveränität überhaupt würde unserer Auffassung von der Wirksamkeit der Staatsgewalt den Boden entziehen. Deshalb ist diese Digression hier nicht zu scheuen, umsomehr, als das Ergebnis für die beiden letzten Paragraphen wichtig ist.

Preuss nimmt die Souveränität in ihrer ältesten, von Bodin begründeten Bedeutung¹⁶⁾ als nach oben und unten losgelöste, absolute Herrschermacht. Diese Auffassung stimmte wohl mit der damaligen Patrimonialtheorie¹⁷⁾, welche den Staat als Eigentum des Herrschers betrachtete, überein, nicht aber mit der Anschauung, nach welcher die

16) S. dar. oben § 5.

17) S. dar. oben § 5. Vgl. Gierke, »Grundbegriffe des Staatsrechts« in der Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, Bd. 30, 1874, S. 304. Fricker, Problem des Völkerrechts, S. 358 f.

Herrschaft organisch aus dem Staat hervorgeht. Insoweit war es leicht, die Souveränitätslehre zu widerlegen. Aber mit dem Charakter der Staatsherrschaft überhaupt hat sich auch ihr Charakter als höchste geändert. Souveränität bedeutet jetzt nur noch, dass der staatliche Organismus der höchste ist, dass die Staatsgewalt keine andere über sich anerkennt und die Quelle aller unteren Gewalten ist; gegen die Beibehaltung des alten Wortes ist nichts einzuwenden¹⁸⁾, da sich Alle der Aenderung seiner Bedeutung bewusst sind, und es auch sprachlich für seine jetzige Bedeutung durchaus bezeichnend ist. Dass die Staatsgewalt einen Teil ihrer Herrschaft an untere Instanzen abgetreten hat, die Zwischenglieder zwischen Staat und Individuum sind, ist demnach mit dem heutigen Souveränitätsbegriff wohl vereinbar. Nicht vereinbar dagegen ist es mit ihm, dass sie eine höhere Gewalt über sich anerkennt, denn dann ist sie nicht mehr die höchste. In die Sprache der organischen Staatsanschauung übersetzt, lautet dann die Frage nach der Souveränität dahin, ob der Staat einer höheren Persönlichkeit eingegliedert ist.

Diese müsste die Völkergemeinschaft sein. Ein Organismus, eine Persönlichkeit ist sie aber, wenn sie eine innere Struktur in dem oben gedachten Sinne hat, wenn ihre Glieder, die Staaten, durch ein Rechtsband mit einander verbunden sind.

Wir stossen also direkt auf die vielbesprochene Frage, ob das Völkerrecht wirkliches Recht ist, welche sich zu der Frage zuspitzt, ob das Recht der Positivierung und eines geregelten Apparates zur Durchführung bedarf.

Preuss sagt¹⁹⁾ im Anschluss namentlich an Gierke, Jellinek, Fricker und Bähr²⁰⁾: Sobald zwei Menschen neben-

18) Dagegen Preuss, S. 104.

19) Preuss, S. 205; cf. S. 147.

20) Gierke, Grundbegriffe, Fricker, Problem des Völkerrechts, Bähr, Der Rechtsstaat, Jellinek, Lehre von den Staatenverbindungen.

einander existieren, sei die Notwendigkeit einer irgendwie gearteten Abgrenzung ihrer Willenssphäre und damit die Idee des Rechts gegeben. — Wohl die Notwendigkeit einer Abgrenzung, wohl die Idee des Rechts, aber nicht das Recht selbst, eben diese Abgrenzung der Willensmacht. Es wird lange Zeit so bleiben, dass bei Kollisionen der jedesmal Stärkste so viel nimmt, als er braucht, und nur das Uebrige dem Schwächeren überlässt; jeder einzelne Rechtssatz wird dem Starken erst abgerungen werden müssen.²¹⁾ So bedarf es eines langen Entwicklungsganges, ehe dem Willen des Einzelnen bestimmte Grenzen gesteckt sind. Ob die Rechtsidee sich wirklich zum Recht verdichtet hat, muss an bestimmten Merkmalen erkannt werden.

Die Rechtsüberzeugung des Volkes soll ein solches sein, und zwar soll sich diese in der Ueberzeugung von der Nützlichkeit des Zwanges aussprechen. Die Vorstellung, meint Preuss,²²⁾ dass eine Zwangsdurchführung an sich gerecht und wünschenswert sei, fehle bei keiner Rechtsnorm.

Hierdurch wird zwar eine weitere Entwicklungsstufe des Rechts bezeichnet, aber noch nicht das Recht selbst. Denn hiernach unterscheidet man wohl das Recht von der Sittlichkeit als der „Bestimmbarkeit durch innere Einflüsse,“ doch nicht von der Moral; denn diese, gewissermassen das Destillat, welches von der Summe der Sittlichkeitsbegriffe der einzelnen Volksgenossen in ihrem Zusammenwirken gewonnen wird, zeichnet sich in vielen Punkten gerade durch die Postulierung eines Zwanges aus. Hiernach würde also Recht und Moral identifiziert. Andererseits zerreisst dieses Merkmal den Stoff des Rechts und der Moral gleichmässig. Denn bei der allgemein bekannten Neigung der Menschen, diejenige Ansicht für gerecht zu halten, welche ihnen Vorteil bringt, wird die Ueberzeugung des Volkes

21) Vgl. v. Ihering, Zweck im Recht, I, S. 247.

22) Auf S. 203.

in vielen Punkten sich widersprechen. Wer sich geschädigt fühlt, wird den Zwang sehr lebhaft herbeiwünschen, der Schädiger dagegen sein Fehlen für sehr nützlich halten. „So ist die Rechtsüberzeugung des Volkes von vornherein eine Basis, deren prinzipielle Haltbarkeit mindestens aus guten Gründen bezweifelt werden kann.“²³⁾ Ein Versuch, nach diesem Kriterium zu sagen, was Recht ist, müsste missglücken.

Nun macht man noch einen Schritt weiter nach der positiven Seite hin und sagt, die Rechtssätze müssten als solche anerkannt sein, in dieser Anerkennung liege ihre Geltung.²⁴⁾ — Wenn nun aber ein Teil eine solche ihm vielleicht schädliche Anerkennung verweigert? Dann werden sie gezwungen, denn erzwungene Anerkennung ist auch eine Anerkennung! — Und wenn sie bei gegebener Gelegenheit sich gegen diesen Zwang empören? Dann wird das Recht aufgehoben, aber in der Aufhebung soll ein Rechtsbruch liegen.²⁵⁾ Und wenn sie diesen Satz, dass hierin ein Rechtsbruch liege, nicht als Rechtssatz anerkennen? Dann werden sie gezwungen! Also wird dem innerlichen Moment der Anerkennung das äussere Moment des Zwanges beigemischt.

Bierling²⁶⁾ verwahrt sich zwar ausdrücklich dagegen, dass hierin ein Widerspruch liege, denn auch unfreiwillige, erzwungene Anerkennung sei Anerkennung. Wenn man aber die Anerkennung so fasst, dann ist sie nicht mehr das eigentliche Kriterium. Denn ein Zweifel darüber, was Recht ist, und die Notwendigkeit eines Kriteriums wird

23) Zorn in der kritischen Vierteljahrsschrift N. F. Bd. 8, S. 680.

24) So Bierling, Zur Kritik der juristischen Grundbegriffe, S. 3, 8. Vgl. Bernhöft, »Ueber die Grundlagen der Rechtsentwicklung bei den indogermanischen Völkern« in der Zeitschrift für die vergleichende Rechtswissenschaft, Bd. II, S. 261. Auch Hänel, Staatsrecht I, S. 117.

25) Bernhöft a. a. O. S. 262.

26) Bierling a. a. O. S. 82.

sich nur dann ergeben, wenn die Anerkennung versagt wird; wenn dann der Zwang eintreten muss, dann ist er eben das Kriterium des Rechts.

Dass ein Recht ohne Zwang nicht denkbar ist, wird denn auch allgemein gefühlt. „Der Drang nach Positivierung und zwangsweiser Durchführung ist den Rechtsnormen immanent“, sagt Preuss,²⁷⁾ Gierke²⁸⁾ erklärt, „man könne eine Rechtsnorm nicht finden, ohne für sie zugleich eine bindende Autorität und eine nötigenfalls nach Möglichkeit durch Zwang bewirkte Realisierung zu postulieren“, und nach Bähr²⁹⁾ „hat das Recht Anspruch auf äussere Erzwingbarkeit“, „es bedarf, um ins Leben einzutreten, der Vollziehung.“ Allerdings, so meint man, brauche der Zwang nicht vollkommen realisiert zu sein, es genüge die Wucht einer sittlichen Macht.³⁰⁾ — Diese ist aber nutzlos, wenn der Uebelthäter sie verlacht, vergeblich ist ein Zwang, der nicht durchgeführt wird, ein Mittel, das gerade im entscheidenden Augenblick versagt. Das Recht bedarf der Durchführung, diese ist aber nur möglich durch einen organisierten Apparat. Einen solchen hat nur der Staat, deshalb ist auch er der einzige, der solche Normen durch seinen Schutz zum Recht erhebt. Andere Normen mögen als Moral oder Sitte³¹⁾ ihre Kraft behalten, Recht aber sind sie nicht. Diese Scheidung entspricht ebensosehr der Logik, wie der vulgären Bedeutung des Wortes „Recht“, ist auch praktisch besser, als wenn man zwischen erzwingbarem und nicht erzwingbarem Recht unterscheiden müsste.

27) Preuss, a. a. O., S. 216.

28) Gierke, Grundbegriffe S. 69, 70.

29) Bähr, Rechtsstaat, S. 4 und 6.

30) Gierke, a. a. O., S. 70, Bähr, a. a. O., S. 11.

31) Ueber die notwendige Trennung dieser Begriffe, s. Gareis, Encyclopädie und Methodologie der Rechtswissenschaft, Giessen 1887, S. 19 ff darüber, dass Recht nur durch die Autorität des herrschenden Gemeinwesens entstehen kann, ebendasselbst, S. 34.

Das Völkerrecht hat nun einen solchen Zwangsapparat nicht. Die Staaten reagieren gegen Verletzungen, wann und wie sie wollen, von einer geregelten Durchführung der Völkerrechtsnormen kann keine Rede sein.³²⁾ Aber sie reagieren doch, sagt man, sie zwingen doch thatsächlich öfter zur Befolgung, es ist also doch der Keim eines Rechts vorhanden,³³⁾ eine Art Recht in abstracto,³⁴⁾ das Völkerrecht hat doch mindestens etwas vom Wesen des Rechts an sich.³⁵⁾ Es ist aber auch nur der Keim vorhanden in der mehr oder weniger zwingenden Staatenpraxis; wenn die Träume der Kosmopoliten sich verwirklichen, wird er sich entwickelt haben, dann wird es ein Völkerrecht geben, das Recht des Weltorganismus. Vorläufig sind wir davon noch weit entfernt. Das Völkerrecht ist kein Recht, der Staat ist der höchste Organismus, er ist souverän.

Dann ist allerdings der Staat von jeder Fessel frei.³⁶⁾ Man sieht hierin gewissermassen ein Verbrechen gegen den Geist der Menschheit, für uns aber liegt darin gar nichts Schreckliches. Die Gebräuche des öffentlichen Lebens werden darum nicht weniger befolgt, als wenn sie unerswingbare Rechtssätze wären. Es handelt sich lediglich um die juristische Wertung eines unabhängig davon bestehenden Zustandes.

Im Allgemeinen kann jeder Staat Alles thun, was er will, wenn nur die anderen Staaten es sich gefallen lassen oder er die Macht hat, seinen Willen gegen etwaigen Widerspruch durchzusetzen. Manche Handlungen werden den anderen Staaten gleichgiltig sein, andere aber werden

32) A. A. v. Ihering, Zweck im Recht I, S. 324 f.

33) Fricker, Problem des Völkerrechts, S. 134, 81 ff.

34) Bähr, Rechtsstaat S. 11.

35) Gierke, Grundbegriffe S. 181; cf. Jellinek, Staatenverbindungen S. 8, 29.

36) Vgl. Zorn in der kritischen Vierteljahrsschrift, N. F. Bd. VIII, S. 680 und Schmidt, der Staat, S. 76 ff, nam. S. 81.

ihr Interesse berühren und sie werden dagegen Stellung nehmen. Bei Fragen von allgemeiner Bedeutung werden nun alle oder doch viele Staaten Stellung nehmen, und der einzelne Staat wird hieraus ersehen, ob er im Stande sein wird, seinen Willen durchzusetzen. Besteht eine solche Wahrscheinlichkeit nicht, so wird der Staat, um den Frieden zu erhalten, sich bescheiden, „denn er begehrt nicht blind zutappend seinen nächsten Vorteil, sondern er versteht es, den augenblicklichen Vorteil gegen die dauernde Gefährdung abzuwägen.“³⁷⁾ Dieser Vorgang wird sich bei den Handlungen von allgemeinem Interesse jedesmal wiederholen, so dass sich in manchen Punkten eine gewisse Gleichmässigkeit im Leben der Staaten ausbilden wird, die dann ihrem Verhältnis zu einander gewissermassen als Regel zu Grunde gelegt wird. Gegen die Verletzung einer solchen Regel werden dann die Staaten einschreiten, und sie werden es um so eher thun, je länger ein Einschreiten bei solchen Gelegenheiten üblich ist. So können Regeln für das Staatenleben entstehen, die zwar von der Theorie zum Rechtssatz gestempelt werden, aber nur eine praktische Verbindlichkeit haben. Im Interesse des Staates liegt es nun, diese Regeln zu beobachten, um nicht den allgemeinen Unwillen auf sich zu laden. Deshalb werden sie in den meisten Fällen thatsächlich so befolgt, als ob sie wirkliche Rechtssätze wären, und deshalb, wie auch aus Pflichtgefühl, beobachten die Staaten die geschlossenen Verträge in den meisten Fällen ebenso, wie wenn der Gerichtshof des Weltorganismus über deren Ausführung wachte. Eine wirkliche, strikte Abgrenzung der Willensmacht, ein wahres Recht giebt es über ihnen aber nicht.

Auch nach innen, seinen Unterthanen gegenüber, kann der Staat thun, was er will. Wohlgemerkt, der Staat als

37) Ad. Lasson, Princip und Zukunft des Völkerrechts, Berlin 1871, S. 44.

Organismus, nicht der jeweilige Inhaber der Staatsgewalt. Die Organe des Staates sind an dessen Willen gebunden, der Wille selbst aber ist frei. Dass er ihn in der Form des Gesetzes verkündet, ist die Folge seiner Organisation, aber nicht die Bedingung und der Grund seines Wollendürfens. Durch das Gesetz hat er seinen Willen so lange fixiert, bis er einen anderen Willensentschluss fasst, den er wieder in Gesetzesform von sich giebt; er bindet sich niemals die Hände, sondern setzt sich nur ein Programm, das er ändert, so oft und so weit es ihm nützlich erscheint.

„Was heisst das, der Staat bindet sich? Wer wacht darüber, dass er das Band nicht zerreisst? Niemand!“³⁸⁾

Der Staat hat die Macht, den Unterthanenwillen, der dem seinigen widerspricht, zu brechen, es besteht also nur der Wille, der dem Staatswillen entspricht,³⁹⁾ folglich ist der rechtlich geschützte Unterthanenwille der Staatswille. Jede Willensmacht hat ihren Ursprung und ihren Grund in dem Willen des Staates und ist mit diesem veränderlich. Es giebt also dem Staat gegenüber keine wohlerworbenen Rechte als Schranke.⁴⁰⁾ Eine Abgrenzung der Willensmacht giebt es demnach nur für die unteren Instanzen, für die der Wille des Staates Gesetz und Recht ist, und nicht für den Staat selbst, denn er ist sich selbst Gesetz. Folglich ist das Staatsrecht Recht für alle unteren Instanzen, kein Recht für den Staat selbst.

Das Staatsrecht ist das innere Recht der Gebietskörperschaft Staat,⁴¹⁾ es ist eine Art Genossenschaftsrecht.⁴²⁾ Aber es unterscheidet sich von dem Recht anderer Genossenschaften ebenso, wie sich der Staat von diesen unter-

38) Gareis, Allgemeines Staatsrecht, S. 30.

39) Vgl. Jellinek, Staatenverbindungen S. 32; dag. Rosin, Begriffsstudien S. 266.

40) So sogar Bähr, Rechtsstaat, S. 50; vgl. dagegen v. Gerber, Grundzüge, S. 235.

41) Preuss, a. a. O., S. 278.

42) Bähr, a. a. O., S. 46.

scheidet. Deren Wille ist, weil er vom Staate sanktioniert ist, der Wille einer übergeordneten Persönlichkeit, die ihn als Recht für sie aufrecht erhält; der Wille des Staates ist sein eigener Wille, also für ihn kein Recht. Wenn die Genossenschaft die Befugnisse der Mitglieder achtet, dann muss sie, wenn der Staat es thut, dann will er. Eine Aufgabe der Staatsbürger ist es, den Staat so zu organisieren, dass sein Wille den Postulaten der Gerechtigkeit und Nützlichkeit möglichst entspricht. Der Staatswille bleibt aber stets frei, und der einzelne Bürger kann weiter nichts, als bei dessen Bildung seinen Willen als mehr oder minder wichtiges Moment geltend machen. Die Verfassungen beschränken also nicht den Staatswillen, sondern regeln nur dessen Bildung. Er ist nicht weniger souverain, wenn er durch einen komplizierten Prozess aus dem Willen des Volkes festgestellt wird, als wenn ihn der Monarch durch einen Federstrich fixiert; beschränkt ist nur die Willkür des einzelnen Menschen. Der Staat als Organismus stellt nicht sich unter das Recht, sondern seine Organe, er bindet nicht sich, sondern seine Diener. Der Unterthan hat nicht ein Recht gegen den Staat, sondern gegen das Organ auf Beachtung des Staatswillens. Der sog. konstitutionelle Staat ist ein absoluter Staat mit konstitutioneller Verfassung.

So ist der Staat stets absolut; die Republik Frankreich ist es gerade so, wie Frankreich unter Ludwig XIV. Aber der Inhaber der Staatsgewalt ist nicht mehr absolut; der früher über dem Staat stand, steht jetzt in ihm, er ist ihm eingegliedert. So giebt es keinen Menschen, der über dem Recht stände; die gesamte Struktur des Staates ist eine rechtliche, die Ausübung der Staatsgewalt ist rechtlich beschränkt, das Verhältnis der Menschen zu einander rechtlich geregelt.

Das ist der Begriff des Rechtsstaates! Souveränität, Unbeschränktheit des Staatswillens nach innen und aussen, sind mit ihm wohl vereinbar.

§ 9.

Anwendung des Resultats speziell für das preussisch-deutsche Recht.

Als Resultat ergab sich, dass die Gebietshoheit nur dem souveränen Gemeinwesen, dem Staat, zusteht und denselben allgemeinen Inhalt hat, wie die Staatsgewalt überhaupt. Sie ist also als rein staatsrechtlicher Begriff erwiesen, der mit einem privatrechtlichen Institut nicht einmal eine Aehnlichkeit hat. Damit ist der Zweck dieser Arbeit zunächst erreicht. Es werden aber im Staatsrecht und noch mehr im Völkerrecht aus dem hier bekämpften Begriff der Gebietshoheit, aus dem angeblichen Recht des Staates am Gebiet, viele Folgerungen gezogen, die scheinbar nicht anders zu erklären sind. Um den hieraus sich ergebenden Zweifeln zu begegnen und das Resultat als nach allen Seiten hin brauchbar nachzuweisen, empfiehlt es sich, den hier gewonnenen Begriff der Gebietshoheit auf beiden Rechtsgebieten durchzuführen.

I. Für Deutschland ist die Frage wichtig, ob das Reich oder der sogen. Gliedstaat die Gebietshoheit habe. Nach unserer Auffassung muss sie demjenigen Gemeinwesen zugeschrieben werden, das die Souveränität hat.

Die Konstruktion, die in einem Bundesstaat eine doppelte Souveränität, des Gesamtstaates und des Gliedstaates, annimmt,¹⁾ ist nach längerer Zeit die Herrschaft mit Recht verlassen. Auch die Teilung der Souveränität nicht nach dem Inhalt, sondern nach dem Umfang²⁾ ist als Fehler erkannt. Eine höchste Gewalt kann jede Beschränkung fort-

1) So Waitz, Grundzüge der Politik, Kiel 1862, S. 155 ff. — Bluntschli, Art. Souveränität im Staatswörterbuch, Bd. 9, S. 555. — v. Martitz, Betrachtungen über die Verfassung des norddeutschen Bundes, Leipzig 1868, S. 136. Schulze, Preussisches Staatsrecht I, S. 140. Aehnlich v. Sarwey, Württembergisches Staatsrecht I, S. 39.

2) So Waitz a. a. O. S. 166.

räumen, eine Beschränkung auch nur dem Umfange nach ist also entweder aufgezwungen, — dann ist die beschränkte Gewalt nicht souverän, — oder sie ist nur geduldet, — dann es ist die beschränkende Gewalt nicht. Eine souveräne Gewalt kann sich nur selbst beschränken, und nur in diesem Sinn ist es berechtigt, von einer „einschränkbaren“ Souveränität³⁾ zu sprechen. Eine „ganz beschränkte“ Souveränität, die nur bezüglich gewisser ausdrücklich zugestandener Rechte bestehen soll,⁴⁾ ist keine. Auch die völkerrechtliche Halbsouveränität ist keine; sie kann nur eine Stufe der politischen Entwicklung von einem nicht-souveränen Gebilde zu einem souveränen ausdrücken.⁵⁾ Ein Gebilde hat entweder die Souveränität voll und ganz und ungeteilt, oder es hat sie überhaupt nicht.⁶⁾

So kann auch in Deutschland nur entweder dem Reich oder dem sog. Gliedstaat die Souveränität und deshalb die Staatsnatur zugeschrieben werden.

Das Vorhandensein der Souveränität wollen die Schriftsteller an verschiedenen Merkmalen erkennen. Diese Abweichungen haben ihren Grund darin, dass die Autoren verschiedene Aeusserungen der Souveränität zur alleinigen Grundlage ihrer Untersuchungen machen und hierauf weiterbauend zu verschiedenen und wegen ihrer Einseitigkeit unvollkommenen Resultaten kommen. Diese lassen sich aber fast alle mit einander vereinigen und geben zusammen ein reiches Bild der souveränen Staatsgewalt als des „Herrscherwillens, der im ganzen Bereiche des Staates gegenwärtig und wirksam ist, seiner innersten Persönlichkeit.“⁷⁾

3) So Gareis, Allgemeines Staatsrecht S. 31.

4) So Meyer, Erörterungen S. 82.

5) Vgl. v. Holzendorff in seinem Handbuch des Völkerrechts II, S. 8 ff.

6) Vgl. Laband, Lehrbuch I, S. 58 ff.

7) Stahl, Philosophie des Rechts II, 2, S. 190, 191.

Souverenität heisst wörtlich „höchste Gewalt“. Diese Eigenschaft als höchste zeigt sich in der „Unabhängigkeit von jeder höheren Gewalt⁸⁾“ oder „der rechtlichen Unabhängigkeit von Befehlen Anderer“⁹⁾, somit also, da ihr nichts befohlen werden kann, in der „ausschliesslichen Bestimmbarkeit durch eigenen Willen¹⁰⁾“, und da zur Selbstbestimmung auch Selbstverpflichtung gehört, in der „ausschliesslichen Verpflichtbarkeit durch eigenen Willen¹¹⁾“. Somit ist sie selbständig in ihrer Thätigkeit, d. h. sie setzt sich ihre Kompetenz selbst und ist auf den Gebieten ihrer Kompetenz selbständig in ihren Verfügungen¹²⁾. Zum Setzen der Kompetenz gehört auch deren Erweiterung, zur Souveränität gehört also auch die Kompetenzkompetenz, in der sich so recht eigentlich die oberste Herrschermacht äussert¹³⁾.

Die Kompetenzkompetenz ist also die letzte Folge und das schärfste Kriterium der Souveränität. Es ist somit Staat, wer sie hat, nicht Staat, wem sie fehlt.¹⁴⁾

Das Ergebnis für Deutschland ist zweifellos. Das Reich hat nach Art. 78 der Reichs-Verfassung die Kompetenzkompetenz, die sog. Gliedstaaten haben sie nicht. Deshalb ist auch nur das Reich ein Staat, diese sind es nicht.¹⁵⁾

8) Waitz a. a. O. S. 18.

9) Liebe, Streitfragen S. 642.

10) Rosin, Begriffsstudien S. 269.

11) Jellinek, Staatenverbindungen, S. 32.

12) Meyer, Grundzüge, S. 3.

13) Labnd, Lehrbuch I., S. 83 f.; — Zorn, Staatsrecht I, S. 78; — Hänel, Staatsrecht I., S. 148, 149; — Rehm, in der kritischen Vierteljahrsschrift 1888, S. 270.

14) cf. Hänel, Staatsrecht I, S. 793 ff., nam. S. 812; ders. Studien I., S. 240.

15) Zorn, Staatsrecht I, S. 84; — Hänel a. a. O.; — v. Held, die Verfassung des deutschen Reiches, Leipzig 1872, S. 113. Nur als Bund will das Reich betrachten Seydel in seinem Kommentar zur Verfassungs-Urkunde, S. XIV ff; ders. »Bundesstaatsbegriff« in der Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft, Bd. 28, (1872) S. 215; — ders. »die neusten

Die Gebietshoheit hat nur das Reich und zwar innerhalb des ganzen Reichsgebiets.¹⁶⁾

Das Reich ist der höchste Organismus, er umfasst die niederen in sich, und aus deren Eingliederung ergiebt

Gestaltungen des Bundesstaatsbegriffes« in den Annalen, Jahrgang 1876, S. 649 ff.

16) Diese Feststellung hat nur juristischen und keinen politischen Wert. Politisch ist sie deshalb gleichgiltig, weil die Rechtsstellung der Glieder des Reiches dadurch nicht berührt wird, diese weder durch Anerkennung der Staatseigenschaft erhöht, noch durch ihre Aberkennung erniedrigt werden. Es haben deshalb auch alle politischen Rücksichten auf die Machtstellung der Glieder bei der Beantwortung dieser Frage zu schweigen.

Aber der Jurist muss mit klaren Begriffen operieren, um zu richtigen Resultaten zu kommen. Unklar wäre der Begriff »Staat« aber, wenn man darunter unterschiedslos zwei so verschiedene Gebilde, wie Reich und Glied, begreifen wollte. Man steht deshalb vor der Alternative, entweder den Begriff »Staat« auszudehnen und dann verschiedene Staatenkategorien anzunehmen, oder den alten strengen Begriff beizubehalten und dann dem einen dieser beiden Gebilde die Staatsnatur abzusprechen. An sich ist der eine Weg ebenso logisch richtig, wie der andere, und insofern ist der Streit lediglich ein Wortstreit, historisch richtig ist aber nur der letztere. Denn bis die Frage nach der Staatsnatur der Glieder des Reiches hervortrat, war der Begriff »Staat« immer ein fester, und es empfiehlt sich nicht, ihn jetzt zu verallgemeinern und abzuschwächen, nur um die Bezeichnung beibehalten zu können. An die Stelle der Frage: »Staat oder nicht Staat?« würde dadurch die Frage: »Welche Art von Staat?« gesetzt werden, es würde jeder Schriftsteller nach eigenem Ermessen Einteilungen vornehmen, und der Erfolg wäre eine grosse Verwirrung in der Terminologie. Wie wenig Einigung über ein neues Einteilungsprinzip zu erzielen ist, s. darüber oben § 5, Anm. 29.

Deshalb ist das Wort »Staat« hier in seiner althergebrachten, festen Bedeutung als souveränes Gemeinwesen genommen worden, und die Prüfung ergab die Unanwendbarkeit dieser Bezeichnung auf den sog. Gliedstaat. Gegen die Weiterverwendung des Ausdrucks im gewöhnlichen Leben ist so lange nichts einzuwenden, als sie lediglich eine Konzession an den im Volk aus früherer Zeit beibehaltenen Sprachgebrauch enthält und man sich des Widerspruchs dieser Bezeichnung mit der Wirklichkeit bewusst wird. In wissenschaftlichen Erörterungen ist es aber anzuraten, diese Erkenntnis auch durch den Gebrauch einer anderen Bezeichnung darzuthun, und deshalb wird in dieser Arbeit von jetzt an der Ausdruck »Glied« oder »Territorium« gebraucht werden. — Ueber die Bedeutung des Ausdrucks vgl. Zorn, Staatsrecht I, S. 85; Schmidt, Der Staat S. 56.

sich ihre Bestimmbarkeit durch seinen Willen. Die Territorien, wie sie nach ihrer Feststellung als Nichtstaaten genannt werden können, sind gleichmässig Verwaltungsdistrikte des Reiches, denen je nach ihrer Bedeutung mehr oder weniger Autonomie und Selbstverwaltung zugewiesen sind, und deren organischer Wille auf die Bildung des Reichswillens mehr oder weniger Einfluss hat.

II. Durch diese Auffassung erledigt sich auch leicht die vielumstrittene Frage über das Verhältnis Elsass-Lothringen zum Reich. Es ist Verwaltungsdistrikt des Reiches, wie die übrigen Territorien. Der Unterschied von diesen liegt lediglich in der Verwaltungsorganisation und in der Machtstellung innerhalb des Reichs; den Reichslanden ist weniger Autonomie und Selbstverwaltung zugestanden, und sie haben weniger Einfluss auf die Bildung des Willens des Ganzen, dessen mindestberechtigter Teil sie sind. Voraussichtlich wird die Entwicklung dahin gelangen, dass Elsass-Lothringen den übrigen Territorien gleichgestellt wird, namentlich also Sitz und Stimme im Bundesrat erhält. Es wird dann aus einem minderberechtigten ein gleichberechtigter Teil des Reiches, aber immer noch kein Staat. Die Gebietshoheit hat und behält das Reich.

III. Ebenso leicht sind die Schwierigkeiten zu lösen, die sich bisher bei der Frage nach der Form einer Gebietsveränderung des Reiches oder der Territorien ergeben haben. Der Schlüssel liegt auch hier in der consequenten Durchführung des Gedankens, dass die Territorien als niedere Organismen dem höheren Organismus Reich eingegliedert sind.

Das Reich ist ein Rechtsstaat, eine Persönlichkeit mit rechtlicher innerer Organisation. Deshalb sind die Kompetenzsphären des Reiches und des Territoriums gesetzlich abgegrenzt. Das Reich hat sich und den Territorien ein Programm gesetzt, innerhalb dessen sich die letzteren

wieder ihr eigenes Programm setzen. Diese Programme sind die Verfassungen. Ein Thätigwerden innerhalb des Programms ist ein verfassungsmässiges Handeln, es genügt zu ihm die Form für die gewöhnliche Willensbildung: Reichs- und Landesgesetz oder -verordnung.

Eine Aenderung dieses Programms ist eine Verfassungsänderung; sie wird unter den erschwerten Formen eines verfassungsändernden Gesetzes vorgenommen. Ihre Verfassung können die Territorien und das Reich ändern. Erstere können aber nur ihre selbstgesetzten Schranken verrücken; an den von dem oberen Organismus Reich gezogenen Grenzen, an dessen Verfassung findet ihre Willensmacht ihr Ende. Das Reich dagegen als höchster Organismus kennt nur selbstgesetzte Schranken, es kann seine Verfassung beliebig verändern, ohne an dem Willen anderer Potenzen seine Grenze zu finden. Reichsrecht bricht Landesrecht; es giebt kein Recht des Territoriums, welches das Reich nicht durch seinen verfassungsmässig zu Stande gekommenen Willensentschluss aufheben könnte. Die Territorien stehen zu seiner Disposition, sie können nur durch ihren Willen die Bildung des Reichswillens mehr oder weniger beeinflussen.

Veränderungen des Gebiets sind Veränderungen des Organismus, können also nur durch verfassungsänderndes Gesetz vorgenommen werden.¹⁷⁾

Zweifellos eine Veränderung sowohl des Reiches, als auch des Territoriums bildet die Abtretung von Reichsgebiet an einen auswärtigen Staat.

17) Grenzregulierungen gehören nicht hierher. Durch sie werden nicht bestehende Grenzen verschoben, sondern zweifelhafte festgestellt, das Gebiet wird also nicht verändert, sondern gerade in seiner wahren Ausdehnung bestätigt. Eine etwaige Staatenpraxis kann, wie sie überhaupt wissenschaftlichen Untersuchungen nicht präjudizieren kann, namentlich für diese Frage nicht herangezogen werden.

Befinden sich Reich und Territorium in Uebereinstimmung, so werden sie Beide thätig, und zwar Beide mittels eines verfassungsändernden Gesetzes. Gehen ihre Willen auseinander, so geht der Wille des Reiches vor, und zwar nicht nur, wenn er sich für Aufrechterhaltung, sondern auch, wenn er sich für Veränderung des bestehenden Zustandes ausspricht. Das verfassungsändernde Reichsgesetz genügt auch zur Abtretung von Landesgebiet. Wenn zwei Willen, ein unbeschränkter und ein beschränkter, in einer Richtung thätig werden, so wäre es ein Widerspruch, dann den unbeschränkten an dem beschränkten seine Grenze finden zu lassen. Denn dann wären beide Willen beschränkt. Die Gefahr für die Territorien ist hierin nicht so gross, wie es auf den ersten Blick scheint. Die vierzehn Stimmen, die jede Verfassungsänderung unmöglich machen, werden in allen Fällen, in denen nicht eine ganz dringende Notwendigkeit vorliegt, im Bundesrat sich leicht beschaffen lassen, und wo eine solche Notwendigkeit allseits gefühlt wird, ist es nur konsequent, wenn das Reichsinteresse dem Landesinteresse vorgeht.

Seinen deutlichen Ausdruck hat dieser Gedanke für den Fall gefunden, in welchem er wohl allein praktisch werden wird, nämlich der Gebietsabtretung nach einem unglücklichen Kriege. A. 11 R. V. schreibt dem Kaiser ausdrücklich das Recht zu, im Namen des Reiches Frieden zu schliessen. Da zu den Bedingungen eines unglücklichen Friedens regelmässig auch Gebietsabtretung gehört, ist somit auch dem Kaiser das Recht der Gebietsabtretung im Namen des Reiches zugestanden. Eine Verneinung dieser Befugnis würde entweder dem Kaiser die Pflicht auferlegen, nur günstige Frieden abzuschliessen, oder die Existenz des im Namen des Reiches, also vom Reiche, geschlossenen Friedens von der Genehmigung des jedesmal dadurch betroffenen Territoriums abhängig machen. Die Unmöglichkeit der ersten Folgerung ergiebt sich von vornherein, die zweite

widerspricht dem Unterordnungsverhältnis der Territorien gegenüber dem Reich und würde jedem Glied die Macht geben, aus kurzsichtigem Egoismus das Ganze ins Verderben zu stürzen.

Beim Erwerb von Gebiet liegt die Frage sehr einfach, wenn das Reich erwirbt. Der völkerrechtliche Erwerb geschieht nach A. 11 R. V. durch den Kaiser, die Inkorporation, falls eine solche stattfindet, nach A. 78 R. V. durch verfassungsänderndes Reichsgesetz. Es ist dann Frage der immer von dem Reich zu bestimmenden Organisation, welche Stellung das neuerworbene Gebiet zum Reich einnimmt, ob es ein minderberechtigtes oder ein gleichberechtigtes Glied desselben wird oder einem anderen eingefügt wird.

Zweifelhafter ist die Entscheidung bei Erwerb durch das Territorium, wie z. B. durch Erbgang. Wird dieser Erwerb dem Territorium incorporiert, so wird er auch dem Reich incorporiert, es bedarf zu seiner Einverleibung also eines verfassungsändernden Gesetzes des Territoriums und des Reichs.

Wird er nicht incorporiert, so braucht ihn auch das Reich nicht in sich aufzunehmen. Unberührt bleibt aber das Reich von einem solchen Erwerb nicht. Das Territorium muss seinen Erwerb verwalten, es muss ihn nach aussen vertreten, ihn im Notfall schützen. Nun sind völkerrechtliche Vertretung und namentlich das Kriegerrecht dem Reich vorbehalten, dieses müsste für das Territorium den Schutz übernehmen, eine Last, die ihm nicht ohne seinen Willen aufgebürdet werden kann. Das Reich müsste also einen solchen Erwerb genehmigen, und zwar würde in diesem Fall ein gewöhnliches Gesetz genügen, da keine neue Kompetenz des Reiches begründet, sondern nur die ihm bereits verfassungsmässig zustehende auf ein neues Objekt ausgedehnt wird.

Endlich kann eine Veränderung der Territorien gegen einander stattfinden. Um die nötige Form zu finden, muss erst entschieden werden, welche Bedeutung eine solche Veränderung für das Reich hat.

Der A. 1 R. V. sagt: Das Bundesgebiet besteht aus den Staaten Preussen u. s. w. Er bezeichnet hiermit als Bestandteile des Bundesgebiets die Territorien im Augenblick des Inkrafttretens der Verfassung, bestimmt also in den Territorien die Bestandteile des Bundesgebiets. Hierdurch macht er aber die derzeitige Gliederung des Reichsgebiets, also den Bestand der Territorien, zu einem Bestandteil der Verfassung. Daraus folgt, dass jede Veränderung des Territoriums eine Veränderung der Verfassung bedeutet, also eines Willensaktes des Reiches durch verfassungsänderndes Gesetz bedarf. Dieselben Grundsätze würden für das Territorium gelten, wenn z. B. Preussen den Bestand seiner Provinzen in die Verfassung aufgenommen hätte. Die Veränderung der Territorien gegen einander ist eine Veränderung des Reiches in seiner inneren Struktur.

Hieraus folgt, dass einerseits die Territorien auch gegeneinander sich nicht selbständig verändern können, andererseits gemäss den oben festgestellten Grundsätzen ein verfassungsänderndes Reichsgesetz ohne Willensakt des Territoriums zu einer solchen inneren Veränderung durch Veränderung der Territorien gegeneinander genügt.

IV. Seitdem Deutschland den Weg der Kolonialpolitik beschritten hat, ist auch die Frage wichtig geworden, wem in den Kolonien die Gebietshoheit zusteht.¹⁸⁾

18) S. darüber Laband, Lehrbuch I, § 70; — Zorn, Staatsrecht, I, § 22; — v. Stengel, »Die deutschen Schutzgebiete«, in den Annalen von Hirth und Seydel, Jahrgang 1889; — Meyer, Die staatsrechtliche Stellung der deutschen Schutzgebiete, Leipzig 1888; — Bornhak, »Die Anfänge des deutschen Kolonialstaatsrechts« im Archiv f. öffentl. Recht, II; — Pann, Das Recht der deutschen Schutzherrlichkeit,

Da Gebietshoheit gleich Staatsgewalt, handelt es sich also darum, wer die Staatsgewalt ausübt, und die Hilfsfrage hierzu ist wieder: Sind die Kolonien Staaten und was für Staaten, Negerstaaten oder deutsche Staaten?

Zu einem Staat gehören Volk, Gebiet und Staatsgewalt. Das Volk ist vorhanden; die Negerstämme fühlen sich als Einheit, sie kennen ihre Zusammengehörigkeit, die Stammesangehörigkeit kann eine Staatsangehörigkeit sein. Ob die Stämme gross oder klein sind, das kommt nicht in Betracht, auch in Europa gab es und giebt es noch sehr kleine Staaten.

Ein Gebiet kann ebenfalls vorhanden sein. Nach den obigen Erörterungen¹⁹⁾ kommt es darauf an, ob ein Stamm einen bestimmten Landstrich dauernd für sich in Anspruch nimmt und ihn auch gegen andere Stämme zu behaupten weiss. Dies wird bei den Negerstämmen teils der Fall sein, teils nicht.

Bei denen, die ein solches Gebiet haben, wird dann entscheidend sein, ob sie sich innerhalb desselben rechtlich so organisiert haben, dass man von einem Staat reden kann. In den deutschen Kolonien ist dies nach den uns zugänglichen Schilderungen nicht der Fall. Es braucht ja kein Gesetzbuch zu bestehen und keine Verfassung eingeführt zu sein, aber es müssen doch gewisse Grundsätze gelten, es muss eine gewisse Rechtsordnung eingehalten werden. Die Willkür eines Negerhäuptlings kennt aber keine Grundsätze, seine Gewalt ist keine Staatsgewalt. Es giebt ja auch Ausnahmen, man braucht z. B. nur an Liberia zu erinnern; im Allgemeinen findet sich aber eine solche

Wien 1887; — Lentner, Das internationale Kolonialrecht im 19. Jahrhundert, Wien 1887, Dr. Adam, »Völkerrechtliche Occupation und deutsches Kolonialstaatsrecht« im Archiv für öffentliches Recht, Bd. 6, Jahrgang 1891.

19) Oben § 8 gegen Fricker.

Organisation nicht, wohl auch speziell in den deutschen Schutzgebieten nicht.

Wenn die Staatsgewalt nicht bei den eingeborenen Stämmen liegt, so liegt sie dann vielleicht in den Kolonien selbst, und es sind diese als solche Staaten.

Man hat dies angenommen²⁰⁾ und gesagt, der überseeische Territorialbesitz habe autonome Selbständigkeit. Die Hoheitsrechte sollen die Unternehmer entweder mit dem Lande zusammen occupiert haben nach dem nicht nur für das Privatrecht geltenden in den Digesten ausgesprochenen Grundsatz, dass mit einem Grundstück auch die daran haftenden Rechte erworben würden²¹⁾, oder sie sollen sie von den eingeborenen „Fürsten“ durch Vertrag erworben haben.²²⁾

Gegenüber der ersten von Pann behaupteten Möglichkeit genügt der Hinweis, dass durch privatrechtlichen Erwerb eines Grundstücks nicht öffentliche Rechte über Personen erworben werden können. Es ist überhaupt unmöglich, eine Begründung staatlicher Gewalt durch die Pandektensätze über Grundstückserwerb zu rechtfertigen, namentlich bei einem Schriftsteller, der gegenüber der Behauptung eines Besteuerungsrechts der Krone von einem „nicht geringen Erstaunen“ spricht, das Jeden befallen müsse, „der sich in das Wesen des öffentlichen Rechts etwas mehr zu vertiefen gewohnt sei.“²³⁾

Die andere Möglichkeit des kontraktsmässigen Erwerbes der Hoheitsrechte von den Häuptlingen findet ihre Widerlegung in dem oben Gesagten. Wer keine Staatsgewalt hat, kann auch keine Hoheitsrechte übertragen. Die ganze Art der Verträge zeigt auch schon, dass es keine wahren Rechtsgeschäfte sind. Gegen wertlosen Tand, kin-

20) So Pann a. a. O., nam. S. 26 und 27; ähnlich Joël a. a. O.

21) Pann, S. 37, Anm. 21.

22) Pann, S. 27, Anm. 15.

23) Pann, S. 37, Anm. 21.

dische Spielereien treten die Häuptlinge ihre Gewalt ab. Die Unverhältnismässigkeit zwischen Waare und Preis zeigt deutlich ihren eigentlichen Charakter. Sie sind lediglich Mittel, das Vertrauen und Wohlwollen der Eingeborenen zu gewinnen, damit sie sich der Niederlassung der Fremden nicht widersetzen, es sind nur politische Einwirkungen auf ihr Verhalten.²⁴⁾ Das ganze Verhältniss ist lediglich ein thatsächliches, vertragsloses.

So haben die Kolonialgesellschaften nicht etwa schon bestehende Hoheitsrechte erworben. Sie haben auch keine staatliche Ordnung eingerichtet, sondern nur nach Möglichkeit eine gewisse thatsächliche Ordnung hergestellt. Es wäre vielleicht allmählig ein Staat daraus entstanden, es war aber noch keiner vorhanden, als das Reich die Schutzgewalt übernahm. Sie haben deshalb auch jetzt nicht die Gebietshoheit, und die Schutzgewalt ist nicht lediglich ein Protektorat, wie Pann und Joël meinen.

Die Schutzgewalt ist eine Staatsgewalt, und zwar die souveräne Staatsgewalt des Reiches. Dies wird vielfach anerkannt. Aber man will den Häuptlingen und Kolonialgesellschaften noch eine Unterstaatsgewalt mit Landeshoheit zuschreiben.²⁵⁾ Auch dieses ist nicht richtig. Wenn eine Macht souverän ist, also in der Kompetenzkompetenz die Möglichkeit einer vollständigen Zentralisierung besitzt, so hält sie, wenn sie diese nicht durchführt, sich lediglich selbst zurück, die infolge dieser Zurückhaltung von den unteren Instanzen ausgeübten Befugnisse sind deshalb im juristischen Sinne lediglich von ihr übertragen. Deshalb bezeichnet der Ausdruck „Unterstaatsgewalt“ entweder den falschen Gedanken, dass in den Kolonien unter der souveränen Reichsgewalt selbständige Machtfaktoren bestehen, oder es ist ein falscher

24) Vgl. z. B. Lentner a. a. O. S. 44. Adam a. a. O. S. 218. v. Stengel, S. 41 ff., S. 50. Meyer a. a. O. S. 31.

25) So Laband a. a. O. S. 786 ff. Meyer a. a. O. S. 84 ff.

Ausdruck für die richtige Auffassung, dass das Reich den unselbständigen Machtfaktoren gewisse Autonomie und Selbstverwaltung eingeräumt hat.

Die Reichsgewalt ist die einzige Staatsgewalt in den Kolonien; diese sind lediglich Unterthanenland, Objekte der Reichsgewalt. Die Reichsgewalt ist souverän, durch keine Schranke gehemmt, als die, welche sie aus Klugheit selbst sich setzt. Das Land ist occupiert, ob mit oder ohne den Willen der Eingeborenen, ist gleichgültig, und wenn auch Bulmerincq und Heffter²⁶⁾ „eine gewaltthätige Festsetzung von Kulturstaaten in Ländern unzivilisierter Völker“ für völkerrechtswidrig erklären, der Widerspruch irgend eines Dorfältesten raubt der Reichsherrschaft noch nicht den kleinsten Teil ihrer Rechtmässigkeit. Das Reich herrscht allein; es giebt nur eine Staatsgewalt und nur eine Gebietshoheit, die des Reiches.²⁷⁾ Die Kolonialgesellschaften und die Häuptlinge sind lediglich Organe des Reiches.

§ 10.

Anwendung des Resultats speziell für das Völkerrecht.

Am meisten hat sich die privatrechtliche Anschauung auf dem Gebiet des Völkerrechts erhalten. Aber auch hier lassen sich aus dem gewonnenen Resultat alle einschlägigen Fragen erklären. Es genügt die scharfe Betonung der Eigenschaft des Gebiets, den Herrschaftsbereich des Staates darzustellen.

I. Diese Eigenschaft äussert sich einmal für den Staat selbst darin, dass Alles, was innerhalb der Gebietsgrenzen liegt, damit auch innerhalb der staatlichen Machtsphäre sich befindet. Wie beschaffen das Gebiet ist, ist für diesen

26) v. Bulmerincq, Völkerrecht, S. 282: — Heffter-Geffcken, Völkerrecht, S. 153.

27) So auch Adam a. a. O. S. 301 ff. Bornhak a. a. O. S. 8 ff. v. Stengel a. a. O. S. 50 ff. Zorn, Staatsrecht I, S. 573 ff.

Gedanken völlig gleichgiltig; ob Land oder Wasser, Fluss, Binnensee oder Insel, Tiefland oder Gebirge, Garten oder Wüste, überall herrscht der Staat gleichmässig.¹⁾

Keine Ausnahme bildet das sogenannte territorium non clausum. Dass Gebietsteile von fremdem Staatsgebiet umschlossen werden, mag zwar die thatsächliche Ausübung der bestehenden Herrschaftsrechte erschweren, ändert aber an deren rechtlicher Existenz nichts. Der Staatskörper kann räumlich geteilt sein, organisch ist er doch ungeteilt.

Die Fälle der Exterritorialität bilden eine Ausnahme, die sich politisch aus einer gegenseitigen Konzession der Staaten und juristisch aus dem Willensentschluss des Staates erklärt, sich in der an sich unbeschränkten Bethätigung der Staatsgewalt von bestimmten Objekten fernzuhalten.

Was sich vorübergehend im Gebiet befindet, ist für die Dauer seines Aufenthalts unterworfen; mit dem Hinaustritt aus dem Gebiet hört auch die Herrschaft auf.²⁾ Eine Unterwerfung auch ausserhalb des Gebiets findet sich nur bei dem Staatsangehörigen. Er ist in den Volksorganismus eingegliedert, er ist auch im Ausland Bestandteil und Herrschaftsobjekt des Staates. Die Unterwerfung ist bei ihm nicht eine zufällige Folge seines wechselnden Aufenthalts, sondern der konsequente Ausfluss seiner dauernden Eigenschaft als Staatsangehöriger; er bleibt deutsch auch in anderen Erdteilen. Derart eingliederungsfähig ist aber nur der Mensch; von der Staatsangehörigkeit einer Sache kann man nicht sprechen, sie ist nur Vermögensstück eines Staatsangehörigen. Wenn ein Pferd über die Landesgrenze

1) Hartmann, Institutionen des praktischen Völkerrechts in Friedenszeiten, Hannover 1874, S. 164, hält es für nötig, diese Gebietsteile einzeln bezüglich ihrer Zugehörigkeit zum Gebiet zu prüfen.

2) Gegen die Annahme eines dominium transiens an frei umherstreichenden Tieren, die sich auch heute noch im Völkerrecht vorfindet, siehe die Bemerkungen oben im § 6 (herrenlose Sachen).

läuft, wird seine Rückgabe nötigenfalls von der Behörde veranlasst, nicht weil es nach Deutschland gehört, sondern weil es einem Deutschen gehört. — Auch die Teile des Gebiets selbst, die Grundstücke, unterscheiden sich hierin nicht von anderen Vermögensstücken. Dass sie nicht aus der Machtsphäre des Staates hinauskönnen, liegt an ihrer Unbeweglichkeit, und dass sie unter Umständen nicht von Ausländern erworben werden können, ist eine Folge besonderer gesetzlicher Bestimmungen, die sich politisch aus der Wichtigkeit gerade dieser Vermögensobjekterecht fertigen lassen, juristisch aber nicht von anderen Vorschriften für Fremde und Einheimische, wie Verbot gewisser Betriebe, Baubeschränkungen und dergleichen sich unterscheiden.

II. Anderen Staaten gegenüber bethätigt sich die Eigenschaft des Gebiets, den Herrschaftsbereich des Staates darzustellen, in dem Verbot jedes Eingriffs einer fremden Staatsgewalt. Unter Umständen kann ein solcher Uebergriff für den fremden Staat eine Lebensfrage, für den eigenen ungefährlich sein, und es wird dann dem fremden Staat auch ein Thätigwerden auf dem inländischen Staatsgebiet gestattet. Wird diese Erlaubnis nun nicht für jeden Fall einzeln, sondern auf einmal für eine Klasse von Staatshandlungen auf eine bestimmte Zeit erteilt, so pflegt man von Staatsservituten zu reden. Als Beispiele werden gewöhnlich solche Verträge angeführt³⁾, in denen ein Teil des Grund und Bodens in den Dienst des fremden Staates gestellt wird, wie Gestattung von Truppendurchzügen, Anlage von Eisenbahnen, Strassen, Kohlendepots u. dergl.

3) So z. B. Klüber, Europäisches Völkerrecht. 2 Aufl., Schaffhausen 1851, S. 154; — Gönner, Staatsrechtsdienstbarkeiten, S. 10; — Miruss, Hoheitsrechte, II., S. 554; — Pözl, Art. »Staatsgebiet« im Staatswörterbuch, S. 726; — v. Rönne, Preuss. Staatsrecht, S. 141; — Hartmann, Völkerrecht, S. 181; — Bulmerincq, Völkerrecht, S. 289; — Lewis in Holtzendorff's Rechtslexikon, II., S. 766; — Brockhaus, das., S. 749.

Bei der Behandlung dieser Frage tritt die privatrechtliche Anschauung so recht deutlich zu Tage. Man spricht von der Befugniss, von einer fremden Sache Nutzen zu ziehen,⁴⁾ einem Realrecht, das am Grund und Boden haftet,⁵⁾ ja, von einem territorium dominans und einem territorium serviens ohne Erfordernis der Vicinität.⁶⁾ Ein Recht des fremden Staates am inländischen Staatsgebiet wird aber dadurch nicht begründet. Es hat sich lediglich der Staatswille dahin verpflichtet, von seinem Recht, jede Einwirkung zu verhindern, keinen Gebrauch zu machen. Ganz deutlich ist dies bei dem sog. Etappenrechte; der fremde Staat benutzt die Strassen nicht anders, als jeder Wanderer, und das Eigentümliche dieser Erscheinung ist nur, dass fremde Soldaten durch das Gebiet ziehen dürfen. Bei der Anlage von Strassen, Eisenbahnen usw. wird immerhin noch ein Stück des Gebiets in den ausschliesslichen Dienst des fremden Staates gestellt. Dieses dient ihm aber nicht als Gebiet, sondern als Grundstück, worauf er sich ein Civilrecht erwerben muss, um es benutzen zu können. Den privatrechtlichen Erwerb und den Betrieb des Unternehmens gestattet ihm der Staat, wie einem anderen Unternehmer, einer inländischen oder ausländischen Privatperson oder Gesellschaft. Diese Erlaubnis des Staates wird vertragsmässig festgestellt, und dieser Vertrag ist das einzige staatsrechtliche Element in dem ganzen Vorgang. Die sog. Staatsservituten fallen somit unter die Staatsverträge im Allgemeinen, eine besondere Gruppe ist weder logisch richtig, noch praktisch notwendig.

Den Untergang dieser sog. Servitutsrechte bei der Inkorporation will man aus der Vereinigung des territorium

4) Gönner a. a. O. S. 10.

5) Hartmann a. a. O. S. 181. Vgl. v. Martens-Bergbohm, Völkerrecht, S. 364.

6) v. Holtzendorff in seinem Handbuch des Völkerrechts II, S. 247.

serviens mit dem territorium dominans, also aus einer Consolidation, erklären⁷⁾. Die Aehnlichkeit mit dem Privatrecht ist aber nur scheinbar. Der Grund dieses Untergangs ist allein der, dass dann der Erwerbsstaat zur Bethätigung auf diesem Gebiet der in dem Staatsvertrag ausgedrückten Erlaubnis nicht mehr bedarf. Bei einer teilweisen Incorporation wird die Einwirkung auf den incorporierten Teil selbstverständlich, auf den nichtinkorporierten bleibt sie aber vertragsmässig zugestanden.

Ein Recht des fremden Staates am Gebiet giebt es überhaupt nicht. Selbst in der sog. dette hypothéquée, der Hingabe eines Gebietsteils zur Sicherung für eine Schuld, liegt nicht die Begründung eines Pfandrechts, sondern nur eine rein thatsächliche Sicherheit. Derselbe Vorgang fand im Jahre 1871 statt, als wichtige Punkte Frankreichs bis zur Bezahlung der Kriegsschulden besetzt gehalten wurden. Ebensogut hätte eine ganze Provinz in Verwaltung genommen werden können. So ist die Ueberlassung Wismar's von Schweden an Mecklenburg im Jahre 1803 ein normal staatsrechtlicher Vorgang gewesen, anormal ist nur, dass dieser für kurze Zeit berechnete Zustand dauernd geworden ist.

III. Die Erdoberfläche ist, zu einem grossen Teil nicht der ausschliesslichen Herrschaft eines bestimmten Staates unterworfen. Auf diesem Teil kann jeder Staat beliebig thätig werden. Prinzipiell sind ihm darin keine Schranken gesetzt, aber thatsächlich ist er durch die Konkurrenz der anderen Staaten⁸⁾, die alle dieselbe Befugnis haben, mehr oder weniger beschränkt. Jeder hat seine Ansprüche den Rivalen gegenüber zu verteidigen. Dies wird ihm leicht,

7) So Zachariae, Deutsches Staats- und Bundesrecht, II. Teil, 2. Aufl., Göttingen 1854, S. 594 und v. Holtzendorff in seinem Handbuch II, S. 250.

8) Cf. Störk, »Seerechtliche Aufsätze« in v. Holtzendorff's Handbuch des Völkerrechts, Bd. II, S. 453, 454.

wenn er geringe, schwer, wenn er grosse und allgemeine Interessen verletzt.

Gross aber ist das Interesse sämtlicher Staaten an der Benutzung des Meeres, und jeder Anspruch auf die ausschliessliche oder auch nur vorzugsweise Berechtigung an einem Meeresteil wird sie gleichmässig zu Gegnern des prätendierenden Staates machen. Dazu kommt, dass das Meer als flüssiges Element nur schwer gegen Eingriffe geschützt werden kann. Es würde so bedeutender Machtmittel bedürfen, wie sie heute kein Staat zur Verfügung hat, um einen solchen Anspruch durchzusetzen. Früher war das allgemeine Interesse geringer und die Macht Einzelner besonders gross; der deutsche Kaiser galt lange Zeit auch als Herr des Meeres, und später beanspruchte England die Oberherrschaft zur See.⁹⁾ Heutzutage aber wagt es Keiner, mit solchen Prätensionen hervorzutreten. So ist denn das Meer thatsächlich frei, nicht weil es „ein dem Nutzen Aller und dem Verkehr Aller mit Allen bestimmtes Element“ ist,¹⁰⁾ sondern weil es gegenüber der Eifersucht der anderen Staaten unmöglich ist, eine so gewaltige Fläche zu beherrschen.¹¹⁾

Eine solche Beherrschung ist nur möglich, soweit sie vom Lande aus durchgesetzt werden kann, und insoweit wird sie auch von den Staaten ausgeübt. Es wäre politisch gefährlich und wirtschaftlich schädlich, wollte man das Meer unmittelbar an der Küste Jedermann freigeben, man denke nur an Seeräuber, plötzliche kriegerische Ueberfälle, Schleichhandel oder auch nur an die Störung der Küstenbevölkerung in der Seefischerei.¹²⁾ Ursprünglich haben

9) S. dar. Störk a. a. O. S. 489 ff.

10) So Hartmann a. a. O. S. 182. Vgl. über das Unjuristische einer solcher Argumentation Störk a. a. O. 485 ff.

11) Vgl. Klüber, Europäisches Völkerrecht S. 147.

12) Aehnlich v. Martens-Bergbohm, Völkerrecht S. 378. Perels, Das internationale öffentliche Seerecht der Gegenwart, Berlin 1882, S. 22.

jedenfalls die Staaten eine jede derartige gefährliche Annäherung mit Gewalt verhindert¹³⁾, das gemeinsame Interesse hat zu gegenseitigen Konzessionen geführt, und allmählig ist daraus eine feststehende Regel geworden. Deshalb untersteht das Küstenmeer der ausschliesslichen Herrschaft des Uferstaates. Sein Mass, Kanonenschussweite, wofür auch der Gleichmässigkeit wegen drei Seemeilen gesetzt werden, ist noch jetzt ein deutliches Zeichen für die Grundidee dieser Regel.

IV. Der Erwerb und Verlust der Gebietshoheit vollzieht sich äusserlich ähnlich, wie der Erwerb und Verlust des Grundstückseigentums im Privatrecht. Deshalb hat sich bei der Behandlung dieser Frage die privatrechtliche Anschauung am unberührtesten erhalten. Schon das Schema ist dem Privatrecht entlehnt. Man unterscheidet originäre und derivative Erwerbsarten, und bei ersteren wieder die natürlichen Erwerbsarten — *insula nata*, *alveus derelictus*, *alluvio*, *avulsio* — von den thatsächlichen — *unvordenkliche Zeit* und *Occupation*, — bei letzteren nach dem Grund der Abtretung Kauf, Tausch, Schenkung u. s. w. Mit Gewalt sollen die Erscheinungen des staatlichen Lebens in civilrechtliche Formen gepresst werden.¹⁴⁾ Ihrem inneren Wesen wird man dadurch aber nicht gerecht. Denn wenn Gebietshoheit gleich Staatsgewalt ist, so ist ihr Erwerb oder Verlust weiter nichts, als eine räumliche Erweiterung oder Einschränkung der Staatsgewalt, eine Vergrösserung oder eine Verkleinerung des Organismus Staat. Die meisten der verschiedenen von den Völkerrechtslehrern angenommenen Arten des Erwerbes und Verlustes halten vor diesem Gedanken nicht Stand.

Die sog. natürlichen Erwerbsarten sind selbstverständlich. Die *insula nata* und der *alveus derelictus* sind

13) Gegen diese Erklärung Störk a. a. O. S. 455 ff.

14) So nam. Hartmann, a. a. O., S. 171 ff. Heffter-Geffcken, Völkerrecht. v. Bulmerincq, Völkerrecht, S. 283 ff.

überhaupt dem Gebiet nicht bisher fremd gewesen, sondern bedeuten nur eine Gestaltsveränderung desselben. Der Herrschaftsbereich des Staates bleibt genau derselbe, an allen Punkten seines Gebietes, es ist nur das Wasser an der einen Stelle vom Lande verdrängt worden und hat dafür an einer anderen Stelle vielleicht Land bedeckt, es ist nichts Altes verloren und nichts Neues dazugekommen, sondern nur die Zusammensetzung verändert. Auf diese aber kommt es hier ebensowenig an, als wenn aus vulkanischen Ursachen ein neuer Berg entsteht und ein alter versinkt, oder wenn Flugsand fruchtbare Landstriche bedeckt.

Die Unterwerfung der *alluvio* und *avulsio* erklärt sich aus der Herrschaft des Staates über die Küstengewässer. In ihnen kann nur er occupieren, und es wird auch binnen kurzem nicht an solchen Besitzergreifungshandlungen fehlen. Durch diese wird dann das Staatsgebiet bis an die unmittelbare Seeküste ausgedehnt, und das Eigentumsmeer wird nun von diesem Punkt ab berechnet. Der aus den Pandekten herübergenommene Satz, dass die *avulsio*, falls Zurückbringung möglich sei, vindiciert werden könne,¹⁵⁾ ist im Völkerleben ebenso undurchführbar, wie unpraktisch.

Von den thatsächlichen Erwerbsarten ist der Begriff der unvordenklichen Zeit im Völkerrecht überflüssig, weil der Erwerbsstaat sich Niemandem gegenüber zu legitimieren hat. Dem fremden Staat, der sich dieses Stück aneignen will, muss es genügen, dass es bereits beherrscht wird, ob mit Recht oder Unrecht oder wie lange, kann ihm gleichgültig sein. Der Staat, dem es zu Unrecht fortgenommen ist, hat sich dabei beruhigt; ob er das Unrecht zehn oder dreissig oder hundert Jahre getragen hat, fällt nicht ins Gewicht. Und wenn er es dann zurückfordert, wird dem Nehmer der Nachweis des unvordenklichen Besitzes keine

15) So Hartmann a. a. O., S. 175, v. Bulmerincq, a. a. O., S. 290.

Hilfe bei der Behauptung seines Raubes leisten. Es wird schliesslich dann doch Waffengewalt entscheiden, und der Stärkere hat Recht. Der Begriff hat nur moralischen, keinen juristischen Wert.

Die einzige originäre Erwerbsart ist die Occupation. Hier wird wirklich der Staatsgewalt ein neues Gebiet der Bethätigung erschlossen. Aber die Regeln, welche die Völkerrechtslehrer für diesen Erwerb aufstellen, stehen mit den thatsächlichen Verhältnissen im Widerspruch. Unpraktisch ist die Beschränkung der Occupation auf Landstreifen, die nur von ganz uncivilisierten Menschen bewohnt werden, oder das Erfordernis eines wirklichen Nutzens für den Erwerber, oder endlich das Verbot der Occupation lediglich aus dem Grunde, um anderen Völkern zuvorzukommen.¹⁶⁾ Der Hinweis auf derartige Rechtssätze wird den Erwerb und die Behauptung des Besitzes weder erleichtern, wenn sie befolgt, noch erschweren, wenn sie verletzt sind. Es wird lediglich darauf ankommen, ob der Staat seine Gewalt zu begründen und aufrechtzuerhalten im Stande ist. Jeder Staat kann occupieren, so viel und so oft es ihm seine Machtmittel gestatten, damit ist der Inhalt des Völkerrechts für diese Frage erschöpft.

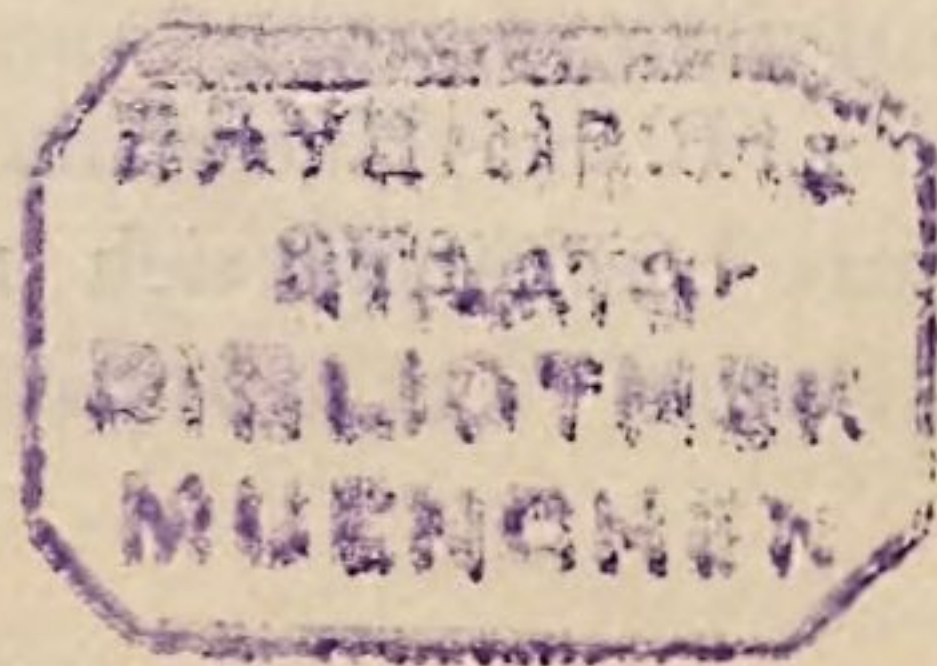
Ebensowenig privatrechtsähnlich, wie die originären, sind die sogenannten derivativen Erwerbsarten, bei denen also das in Besitz zu nehmende Stück vorher zum Gebiet eines anderen Staates gehört hat. Von Kauf,¹⁷⁾ Tausch, Schenkung ist keine Rede, das Gebiet ist keine Ware, sondern ein Teil des Organismus, Erwerb von Gebiet ist Vergrösserung des Staates selbst, Verlust desselben ist Verstümmelung. Es sind nur zwei Fälle zu unterscheiden: Der Gebietsteil wird mit Gewalt fortgenommen, oder er

16) Diese Verbote z. B. bei Hartmann a. a. O. S. 172.

17) Mit dem »Kauf« beschäftigt sich namentlich v. Martens-Bergbohm a. a. O. S. 356.

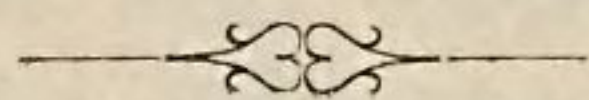
wird abgetreten. Im ersteren Fall wird der Staat gewaltsam verstümmelt — eine rechtliche Betrachtung erübrigt sich hier — im zweiten Fall verstümmelt er sich selbst. Zu dieser Selbstverstümmelung können ihn verschiedene Gründe bewegen; es ist entweder die Not nach einem unglücklichen Kriege, oder Drohung und Druck eines übermächtigen Nachbarn, oder Aequivalente in Gestalt anderer Gebietsteile, Geld, Begünstigung politischer Pläne u. dgl. Für die rechtliche Betrachtung ist der Grund der Abtretung gleichgiltig und eine danach getroffene Einteilung der Erwerbsarten in privatrechtsähnliche Institute unrichtig. Wenn der Mensch sich verstümmeln lässt, wenn der A. Transfusion seines Blutes in die Adern des B gestattet, wenn Fleisch oder Haut von seinem Körper auf den des B. übertragen wird, so kann nicht von Verkauf oder Schenkung des Blutes oder der Haut gesprochen werden. Ein solches Geschäft ist erst denkbar, wenn das Veräusserungsobjekt vom Körper getrennt ist; dann ist dieses aber auch kein Körperteil mehr, und unerklärt bleibt gerade das Problem, nämlich die Trennung vom Körper. Ebensowenig verkauft oder verschenkt der Staat sein Gebiet, sondern er trennt sich von einem Teil seines Körpers, den ein anderer Staat in sich aufnimmt. So ist die Abstossung eines Gebietsteils, die Cession, die einzige derivative Erwerbsart, und sie ist ein Willensentschluss des Staates, der sich nach den Regeln des Staatsrechts über Verfassungsänderungen vollzieht.¹⁸⁾

18) Vergl. Heimbürger, Erwerb der Gebietshoheit, S. 110 und Gareis, Institutionen des Völkerrechts, Giessen 1888, S. 176 f.



Thesen.

1. Das römische Recht beweist uns, dass für die Scheidung des öffentlichen von dem Privatrecht und damit für die richtige Erfassung des Characters der staatlichen Herrschaft ein scharfer Eigentumsbegriff Voraussetzung und Mittel ist.
2. Der Staat ist ein Organismus, und das Gebiet ist als dessen Körper anzusehen.
3. Die verschiedenen Versuche, die Souveränität als essentielles Begriffsmerkmal des Staates durch andere Merkmale zu ersetzen, sind als gescheitert anzusehen.



Thesis

The purpose of this study is to investigate the effects of various factors on the growth and development of the human body. The study is divided into two main parts: a theoretical part and a practical part. The theoretical part discusses the various factors that influence growth and development, such as genetics, nutrition, and environment. The practical part describes the methods used to collect and analyze data on growth and development. The results of the study show that there are significant differences in growth and development between different groups of people. These differences can be attributed to a variety of factors, including genetics, nutrition, and environment. The study also shows that there are many factors that can influence growth and development, and that these factors can interact in complex ways. The results of this study have important implications for the study of human growth and development, and for the development of interventions to improve growth and development in children and adolescents.

Vita.

Ich, Gustav Emil Robert Bansi, bin am 23. October 1870 als Sohn des Rittergutsbesitzers Wilhelm Bansi in Cholewitz, Kreis Briesen, Westpreussen, geboren. Meine erste Schulbildung genoss ich von einer Erzieherin; Ostern 1880 bezog ich das Gymnasium in Thorn a./W., das ich Ostern 1889 mit dem Zeugnis der Reife verliess. Darauf besuchte ich nacheinander die Universitäten Leipzig, Freiburg i./B., Berlin und Königsberg; hier bestand ich am 28. September 1893 die erste juristische Staatsprüfung. Vom 1. October 1893 bis dahin 1894 genügte ich in Eisenach meiner Militairpflicht bei dem 5. Thür. Inf.-Rgt. No. 94 (Grossherzog von Sachsen), welchem ich jetzt als Reserve-Offizier angehöre. Danach arbeitete ich als Referendar an dem Amtsgericht Briesen, sowie hier an dem Landgericht und der Staatsanwaltschaft. Am 24. November 1896 bestand ich das examen rigorosum. Augenblicklich bin ich aus dem Justizdienst entlassen und sehe meiner Ernennung zum Regierungs-Referendar in Marienwerder entgegen.

Während meiner Studienzeit und meines hiesigen Aufenthalts als Referendar besuchte ich die Vorlesungen und Seminare der Herren Professoren

Windscheid, Sohm und Binding in Leipzig, Eisele, Kirn und Philippovich von Philippsberg in Freiburg i./B., Dernburg, Gierke, Hinschius, Berner, Hübler, Dambach, Kohler, Wagner, Meitzen und von Treitschke in Berlin, Schirmer, Güterbock, Gareis, Zorn, Salkowski, Endemann, Gradenwitz und Gerlach in Königsberg.

Allen diesen meinen hochverehrten Lehrern sage ich an dieser Stelle meinen aufrichtigsten Dank, namentlich aber Herrn Geh. Justizrat Professor Dr. Zorn, der mir zu der vorstehenden Arbeit die Anregung gegeben und mich bei ihrer Abfassung mit Rat und That unterstützt hat.

Kgl. Hof- und
Staatsbibliothek
München.

Bansi, Gustav

Die Gebietshoheit als rein staatsrechtlicher Begriff durchgeführt

1897

J.publ.e. 32 q

urn:nbn:de:bvb:12-bsb11812786-7